

ção dos seus notáveis trabalhos jurídicos, convocou-o para o cargo de Advogado Geral do Estado, de onde foi guindado à Procuradoria Geral do Estado. Nomeado, depois, para o então Tribunal de Apelação realizou nesse setor do Poder Judiciário a última etapa de seu itinerário profissional. Deixou, como principais obras, "Os julgados e decisões", "Os novos julgados", "Dos recursos em geral", além de uma obra inacabada sobre a instituição do júri.

Falecido aos 59 anos de idade, deixou o desembargador Viotti de Magalhães a legenda de uma vida que é um exemplo de dignidade humana.

DOCTRINA

A prisão preventiva necessária

HÉLIO HORTALE CASTELO BRANCO
Promotor de Justiça de Itamogê

I — O Deputado Lincoln Feliciano, jurista eminente que, no Congresso Nacional, vem exercendo valorosa atuação no sentido de aperfeiçoar a nossa legislação processual penal, extirpando os defeitos e suprimindo as lacunas, que a maculam, ofereceu, recentemente, à elevada consideração de seus ilustres pares, projeto de lei, no qual visa a revogar o art. 312 do Código de Processo Penal.

II — Justificativa da proposição é tão somente um brilhante artigo, publicado no jornal "O Estado de São Paulo", em que o seu autor — o emérito professor e magistrado José Frederico Marques —, sustenta a necessidade da revogação do supracitado dispositivo, por entender que a prisão preventiva compulsória, nêle consagrada, é medida de acentuada iniquidade, que possibilita a ocorrência de irreparáveis e clamorosas injustiças.

O baluarte precípua em que se assentam as alegações do articulista reside nas seguintes palavras que, em verdade, evidenciam o resultado antijurídico, o qual, em certos casos, é decorrência inevitável da estrita observância dos preceitos legais aplicáveis à custódia obrigatória:

"Infelizmente, demonstrada a prática de fato delituoso, não pode o réu eximir-se da prisão preventiva, nos casos em que esta é obrigatória, mesmo que provada esteja a não culpabilidade de seu ato. O legislador de processo penal somente admite que não se decrete a prisão preventiva, quando há prova do crime e indícios da autoria, se ocorrer alguma das justificativas previstas no art. 19, ns. I, II e III, do Código Penal — consoante o que vem taxativamente disposto no art. 314 do Código de Processo Penal. O mesmo se dá com referência à prisão em flagrante delito, como se vê do art. 310, embora mantidas algumas restrições ao direito de liberdade do acusado.

Suponha-se, porém, que o fato delituoso tenha ocorrido

em virtude de erro de fato, como, por exemplo, na hipótese do crime ter sido cometido em legítima defesa putativa. Sem embargo da irreprovabilidade da conduta de quem assim agiu, deve ser mantida a prisão preventiva se o crime fôr daqueles em que se impõe compulsoriamente essa coação processual. Isto quer dizer que o réu terá de ser mantido prêso em "carcer ad custodiam", muito embora se saiba que, no momento da sentença de mérito ou da sentença de pronúncia a sua absolvição seja obrigatória.

A pessoa, portanto, pode praticar um ilícito não punível e ser prêsa preventivamente, o que, além de absurdo sem nome, é de uma iniquidade revoltante. Todavia é a isto que conduz a aplicação dos artigos 311, 312 e 314 do Código de Processo Penal.

E, ao rematar, aconselha, como única solução plausível para coibir tão grande injustiça, a elisão pura e simples do referido art. 312, ao qual denomina "nódoa totalitária que ainda persiste na legislação que regula as instituições de nossa justiça penal".

III — Parece-nos, entretanto, que, com o mesmo objetivo, isto é, obstar se verifique aquela esdrúxula situação, aberrante dos ditames da equidade, a que alude o cronista —, poderia, com vantagem, ao invés da preconizada por êle, ser adotada outra providência legislativa: a alteração da redação do art. 314 do estatuto processual, de modo que, a par das discriminantes previstas nos três incisos do art. 19 do Código Penal, viessem a ser reconhecidas como impeditivas da prisão preventiva, em qualquer caso, as causas de isenção de pena.

Ampliado dessa forma o benefício, de que trata aquêla dispositivo, tornar-se-á, a nosso ver, desnecessária e inconveniente a supressão da custódia compulsória, a favor de cuja conservação, em nosso direito positivo, militam, entre outras, as razões que abaixo aduzimos.

1.º — Para legitimar o encarceramento preventivo de natureza obrigatória é indispensável se apresentem, conjugadamente, os requisitos que passamos a enumerar:

a) a gravidade da infração, ou seja, quando se tratar de crime a que fôr cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, não inferior a dez anos (Cód. de Proc. Penal, art. 312);

b) a prova da existência do delito, na sua materialidade, e indícios suficientes da autoria (art. 311, "in fine"), vale dizer, a ocorrência de fatos bastantes à suspeita da criminalidade — como já mencionava João Mendes em "O Processo Criminal Brasileiro", pág. 377, ed. de 1920 —, fazendo-se, aqui, útil e oportuno salientar que o recebimento da denúncia por crime cuja pena consista em dez ou mais anos de reclusão não importa, por si só, na imprescindência

da detenção provisória, pois indícios remotos não justificam essa medida de coação, embora sejam suficientes para a instauração da ação penal;

c) a inexistência de circunstância que exclua o crime e (no caso de, perfilhada a providência legislatória ora sugerida, contemplar-se com o favor legal, de que cogita o art. 314, também as causas eliminativas da responsabilidade penal e da culpabilidade do agente) a ausência de situação que isente de pena o réu, o que deve ser verificado pelo exame preliminar do mérito da acusação.

E, a propósito, cumpre advertir que a regra do art. 312 só perdura enquanto não se apresenta, **presumivelmente**, uma das hipóteses referidas no art. 314. Portanto, para que ao juiz se imponha o dever de não determinar a prisão, não se faz preciso tenha absoluta certeza de que o agente praticou o fato nas condições do art. 19, ns. 1, II ou III, do Código Penal, mas basta que, como é óbvio, pela apreciação dos elementos probatórios vindos aos autos, fique êle seguro da **presunção** de o indiciado haver procedido em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Além dessas condições de caráter substancial, há, ainda, uma outra de ordem formal: a indispensabilidade da motivação do despacho que decretar a custódia, exigência salutar expressamente reclamada pelo art. 315. A fim de justificar a sua decisão ordenadora da coação processual, o juiz tem de demonstrar, pressuosta a carência de qualquer motivo elidente da criminalidade do acusado, que se encontra provada, nos autos, a existência material da infração, capitulando-a desde logo, e que há indícios bastantes da autoria imputada à pessoa, cuja prisão prescreve, competindo-lhe esclarecer, cumpridamente, as razões por que entende **suficientes** os elementos indiciários.

Há de se convir, dessarte, em que a **obrigatoriedade** do encarceramento provisório, estabelecida no art. 312, é relativa. Êle não decorre da aplicação automática do texto legal mas, ao revés, é **obrigatório** apenas no sentido de que se dispensam as verificações de natureza geral previstas no dispositivo seguinte, isto é, não há indagar da necessidade ou conveniência da sua decretação a fim de que a instrução criminal se desenvolva regularmente, ou para a garantia da ordem pública ou do efetivo cumprimento da pena, resultante de eventual condenação.

Fôrça é anuir, porém — di-lo, com carradas de razão, Florêncio de Abrêu, "in" Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público", vol. VII, págs. 9 e 10 —, em que "não poderá deixar de ser considerada" como um imperativo para o juiz a expedição de mandado de prisão preventiva contra o indiciado em crime de roubo, de extorsão, de desastre ferroviário ou naufrágio proposital-

mente provocados, de propagação de germes patogênicos com o fim de causar epidemia, de envenenamento intencional de "água potável de uso comum ou particular, ou de substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, de induzimento à prostituição de menor de quatorze anos, ou de sua própria mulher, filha, irmã, ou tutelada, ou mediante emprêgo de violência, e ainda nos crimes, não simplesmente culposos, de morte, ou de que resulte a morte. É mister prevenir o deprimente espetáculo da liberdade do indivíduo por todos apontado como autor de crime gravíssimo, ostentando sua vida ordinária ao lado da vítima ou da sua família, como se nada houvesse acontecido".

Com efeito, conforme observa BASILEU GARCIA ("Comentários ao Código de Processo Penal", vol. III, pág. 159), a liberdade de tal pessoa, que, por não ter sido presa em flagrante, é vista a passear pelas ruas, há de ser interpretada, através do senso comum do homem do povo, como um menoscabo ao direito.

Ademais, sem fadigas de raciocínio, é imperioso admitir que o legislador, ao preceituar a custódia necessária, tenha em mente uma presunção inteiramente alicerçada na lógica, na justiça e na verdade, qual seja a suposição — nota-o o referido Basileu Garcia, *ob. cit.*, pág. 157 — de que "deseje furtar-se, pela fuga, à ação da justiça, o delinquente que está sujeito a grave pena privativa da liberdade, por haver cometido crime a propósito do qual não pode invocar, com êxito, uma causa excludente de injuricidade", ou (acrescentamos nós) alguma circunstância que o exima de punição, pois, como não passou despercebido ao festejado mestre, essa presunção será inatacável desde que a obrigatoriedade cesse ante a existência, no caso concreto, de qualquer situação cuja consequência seja a não infligência da pena.

Visando a salvaguardar — com a prisão compulsória do indivíduo, indigitado autor de crime intensamente apenado, a cujo respeito nenhuma causa de impunibilidade se apresente —, o cumprimento da pena fixada em contingente sentença condenatória, o legislador atenderá à evidência de um fato, porquanto seria abstrair totalmente a realidade o negar-se que a pessoa, nas condições acima apontadas, almente a pretensão de, evadindo-se, impedir a efetiva aplicação da lei penal.

E não é somente a fundada suspeita de fuga que serve de base à detenção provisória imposta por lei. De feito, por haver perigo de evasão iminente, essa medida encontra sustentáculo, outrossim, na consideração da utilidade para a instrução do processo. Realmente, consoante adverte o douto processualista (*ob. cit.*, pág. 158), "a assistência do acusado aos atos investigatórios da sua responsabilidade é quase sempre de inestimável valor. Da sua presença depende, às vezes, ser reconhecido e identificado pelas testemunhas. O seu

interrogatório, que hoje não é mais a peça incolor de antigamente, muita luz pode proporcionar à justiça. Mesmo a sua defesa completa concorre para a consecução dos fins do processo, com o qual não se visa tão só a perseguição penal do culpado, senão também a tutela da liberdade do inocente".

Não há argumentar que, de qualquer forma, constitui a prisão preventiva odiosa restrição à liberdade natural do indivíduo ainda não condenado, o qual, por isso mesmo, pode ser um inocente, reputado infrator da lei penal —, porque tal afirmação redundante, forçosamente, na da conveniência da supressão do encarceramento preventivo, independentemente da facultatividade ou obrigatoriedade de sua decretação, o que nem mesmo LUCCHINI, ORTOLAN e CARRARA, os mais tenazes antagonistas do instituto, ousaram alvitrar.

2.º — Fatal e perigosa consequência da pretendida revogação do art. 312 será a irrecorribilidade de toda a decisão que denegar a custódia provisória, visto que o art. 581, inciso V, "in fine", só faculte o uso do recurso em sentido estrito contra o despacho que indeferir o requerimento dessa medida compressora da liberdade, na hipótese prevista naquele dispositivo, a saber, quando estiver em foco crime a que fôr cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

Assim, se o juiz inferior entender, ainda que errônea ou injustamente, não ser cabível a coação processual, vedar-se-á que, em grau de recurso, a segunda instância se pronuncie sobre a sua conveniência ou oportunidade, com evidentes prejuízos para a administração da justiça penal.

Mas, ao contrário, se a decisão é concessiva da medida, ensejará o "habeas-corpus", sempre invocável para fazer cessar a violência ou coação ilegal sofrida por alguém na sua liberdade de ir e vir. E, a este respeito, merece ser assinalado que, de acordo com a trigésima conclusão estabelecida na 1.ª Conferência de Desembargadores ("Anais", pág. 252), "ao conhecer do "habeas-corpus" impetrado contra despacho que decretou a prisão preventiva, o Tribunal "a quem" pode apreciar esta decisão no seu merecimento". Dessarte, o princípio geralmente adotado de que a má apreciação da prova não pode ser corrigida por via de tal recurso, meio extraordinário de garantia da liberdade, sofre exceção quando é ele interposto contra o despacho determinador da detenção provisória, podendo o Tribunal, que tomar conhecimento desse "remedium juris", analisar os elementos probatórios, no seu conjunto, para concluir pela confirmação ou cassação daquela, se lhe faltar qualquer um dos requisitos, já anteriormente apontados, que a tornam legítima.

3.º — Com o louvável escopo de evitar permanência sob custódia o indivíduo, cuja inocência se corporifica no prosseguimento

do feito, o art. 316 permite a revogação da prisão preventiva quando, no curso do processo, se apurar a falta de motivos para que subsista.

Que, sem embargo da ressalva contida no dispositivo em apreço ("salvo o caso do art. 312"), pode ser revogada a medida, mesmo quando, à vista da gravidade extrema do delito, é imposta por lei, demonstra, com a costumeira proficiência. Eduardo Espínola Filho ("in" "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", vol. 3, págs. 440 e 441, 3.ª ed.): se, por ser a infração punida, no grau máximo, com pena não inferior a dez anos de reclusão, o legislador presume a necessidade e conveniência da detenção provisória, evidentemente é inoperante para ilidir a sua manutenção que o juiz, por qualquer motivo, entenda haver desaparecido, no caso concreto, essa conveniência ou necessidade. Mas, a fim de que se justifique, ainda nessa hipótese, o encarceramento, não se dispensa a prova plena da existência do crime, na sua materialidade, nem a indicação da autoria, apontada por indícios sérios, sem probabilidade de erro. — Ora — conclui, logicamente, o provento autor —, se, no correr do processo, a declaração da autoria se evidência ser falsa, ou se se faz contraprova mais forte da inexistência da infração, ou de eliminação da criminalidade do acusado, a prisão preventiva, decretada embora nos termos do art. 312, não é de ser mantida.

4.º — Ninguém pode deixar de aquiescer a que o Código de Processo Penal apesar de promulgado na vigência da ditadura, põe em relêvo, através de vários dos seus dispositivos, o fato de o legislador de 1941 não se ter imbuído na concepção de um intransigente e obsoleto autoritarismo do Estado, mas, ao contrário — no eterno conflito entre o direito dêste à punição dos delinquentes e o direito do indivíduo à garantia de sua liberdade —, procurou conciliar o interesse público, em defesa da sociedade, com as prerrogativas individuais.

Assim, é que, objetivando reduzir, em atenção às cautelas recomendadas pela doutrina, os danosos efeitos oriundos da prisão antes do julgamento definitivo (quer a decorrente da autuação em flagrante, quer a resultante de mandado judicial), medida que, inequivelmente, implica grave violação ao direito do inocente à liberdade, topamos diversas providências, aqui e ali, no corpo do estatuto processual, tais sejam as consignadas nos arts. 10, "caput" e § 3.º, 46, 80, 295, 300, 306, 310, 322, 335, 350, 401, 431, 596, 647, 648, 672, 673 etc.

IV — Em consequência de todo o expendido, permitimo-nos afirmar a utilidade da conservação da custódia necessária em nosso direito normativo, desde que assim se redija o art. 314:

"A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos a existên-

cia de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o acusado (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, §1.º do Código Penal)".

Está meridianamente claro que, acolhida a fórmula acima, se o motivo impediante do encarceramento provisório fôr a inimputabilidade penal do indiciado, prevista no supracitado art. 22, o juiz, se fulgar oportuno, submetê-lo-á, temporariamente, à medida de segurança, consoante o disposto nos arts. 80 e 378, respectivamente, do Código Penal e do Código de Processo.

E para ser mantida a coerência que deve haver entre os artigos 314 e 310, pois ambos têm a mesma finalidade (e, aliás, outrossim, possuem idêntico defeito, isto é, o de restringir às equitativas providências neles consagradas exclusivamente às discriminantes ou causas de expunção da ilicitude jurídica), que é a de permitir sôto se defenda o indivíduo incriminado em processo, no qual, segundo tôdas as probabilidades, virá a ser absolvido —, êsse último dispositivo poderia outorgar o favor legal nas seguintes palavras:

"Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante a existência de circunstância que, de acôrdo com os arts. 17, 18, 19 ou 24, §1.º, do Código Penal, exclua o crime ou isente de pena o acusado, poderá conceder-lhe, depois de ouvir o Ministério Público, liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

§ único. Se o agente fôr irresponsável, nos termos da lei penal, ser-lhe-á aplicada, provisoriamente, medida de segurança".

Advirta-se que o vocábulo "réu", empregado no art. 310, foi substituído por "acusado", porque êste termo, que possui um sentido mais lato, compreende aquêle e a palavra "indiciado". A soltura provisória, pôsto que não o seja habitualmente, pode ser concedida ainda no curso do inquérito e, na fase policial, exceto em se tratando de processos por contravenção, é inadequado falar-se em "réu", porquanto, antes de iniciada a ação penal, o **acusado**, no rigor da terminologia jurídica, é apenas "indiciado".

V — Incliamo-nos a admitir que, se ao invés de ser revogado o art. 312 do Código de Processo Penal, forem insertas essas modificações nos textos legais vigentes, ter-se-á não só resguardado com maior segurança e eficiência o direito concernente à liberdade individual, como também impedido o enfraquecimento da atividade do Estado na sua função repressiva, visto não se lhe contrapor sérios obstáculos, no tocante à administração da justiça penal.