

Liberdade e Prisão Cautelar na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Pós-Constituição de 1988

HELOISA ESTELLITA

Pós-Doutora em Direito Penal e Constituição.

DOI: 10.11117/22361766.24.01.01

Recebi o honroso convite para contribuir neste trabalho do Observatório da Jurisdição Constitucional acerca da “jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, com a indicação de quatro ou cinco acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) que, sob meu ponto de vista, fossem mais expressivos do trabalho de nossa Corte Constitucional nos últimos vinte anos, ou seja, a partir da nova ordem jurídica instaurada com a Constituição Federal de 1988, na seara do Direito Penal e Processual Penal. Logo percebi o quão ingrata era a tarefa. Tantos são os temas de direitos fundamentais em matéria penal afetados por acórdãos-paradigma do STF nestes últimos vinte anos¹, que é natural o receito de que, ao apontar alguns deles, possa o leitor pensar que seriam menos importantes os demais.

Por isso escolhi um entre os temas de direitos fundamentais em matéria penal que me parecem mais afetados pelo trabalho do Supremo Tribunal Federal na reconstrução da dignidade constitucional das liberdades fundamentais pós-ditadura e a partir da Constituição de 1988. Trata-se do tema das *prisões*

1 Em um só fôlego e *apenas ilustrativamente*: princípio da individualização da pena (HC 82959, Min. Marco Aurélio, Pleno, DJ 01.09.2006); princípio da proporcionalidade na vertente da lesividade da conduta criminalmente relevante (RHC 81057, Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 29.04.2005; HC 87478, Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 23.02.2007; HC 92364, Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ 19.10.2007; RE 550761, Min. Menezes Direito, Primeira Turma, DJe 01.02.2008); princípio da proporcionalidade entre a lesão e a sanção (HC 92525-MC, Min. Celso de Mello, DJe 03.04.2008); princípio do devido processo legal penal (são tantos que destaco os mais inovadores, s.m.j., HC 86634, Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 23.02.2007; HC 88914, Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJe 05.10.2007); unidade do ordenamento jurídico e unidade da ilicitude (HC 81611, Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 13.05.2005); princípio da dignidade humana e responsabilidade penal (HC 83554, Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ); princípio da dignidade humana e direito à acusação certa (HC 83301, Min. Cezar Peluso, DJ 06.08.2004; HC 84409, Min. Joaquim Barbosa, relator p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 19.08.2005; HC 84436, Min. Celso de Mello, DJe 27.03.2008); magnitude do direito à liberdade individual e conhecimento de *habeas corpus* (HC 85185, Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ 01.09.2006); prova ilícita e proteção do domicílio (HC 82788, Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 02.06.2006; HC 93050, Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 01.08.2008); princípio da legalidade penal (Ext. 633, Min. Celso de Mello, Pleno, DJ 06.04.2001; INQ 1445, Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJe 03.04.2008).

cautelares, que recebeu um novo tratamento pelo STF nestes últimos vinte anos, construído através de vários precedentes da Corte². Daí que a presente contribuição não se limite a indicar alguns acórdãos, mas vários, representativos que são do trabalho da Corte Constitucional na recondução da prisão preventiva à sua natureza estritamente cautelar.

Em 1994, sustentava o Ministro Marco Aurélio, com base na nova ordem constitucional, que a “Carta de 1988 jungiu a perda da liberdade a certos pressupostos, revelando, assim, que esta se constitui em verdadeira exceção. Indispensável para que ocorra é que se faça presente situação enquadrável no disposto no inciso LXI do rol das garantias constitucionais, devendo, se possuidora de contornos preventivos, residir em elementos concretos que sejam passíveis de exame e, portanto, enquadráveis no art. 312 do Código de Processo Penal. Não há como inverter a ordem natural das coisas, tal como definida pelo ordenamento jurídico, elegendo-se a possibilidade de responder em liberdade a acusação, simples acusação, em exceção. Enquanto ciência, em direito, o meio justifica o fim, mas não este aquele, mormente quando se parte da visão distorcida sobre constituir-se a postura rigorosa em panacéia para consertar o quadro de delinquência notado”³.

Alguns anos depois, a partir, pelo menos, do julgamento da RCL 2391⁴, o STF passou a expressamente rever jurisprudência anterior a respeito dos pressupostos, requisitos, limites e finalidade das prisões cautelares. Passou a sustentar, então, e pela maioria de seus membros, que, sob a luz da presunção de inocência (ou princípio da não-culpabilidade), a prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória não poderia ter caráter de pena e que, portanto, a prisão preventiva pressupõe hipótese de cautelaridade, sempre fundada em elementos concretos que demonstrem a necessidade dessa prisão – que é excepcional –, para o sucesso do processo penal.

Assim, ressalta-se, atualmente, que a “prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a

2 Não é de se estranhar uma certa demora na implementação das transformações constitucionais, como já advertia Francesco Pallazo: “A influência da ordem político-constitucional de um determinado Estado em seu sistema penal se revela menos necessariamente condicionante do que, talvez, se possa pensar. E, de fato, na Itália, a Constituição de 1948 não ocasionou, ainda, a reforma geral do código que nasceu sob o regime fascista. Na Alemanha e na Espanha passou-se o mesmo. [...] Ora, se se quisesse questionar sobre as possíveis razões desse fenômeno singular, duas espécies de causas poderiam, hipoteticamente, ser consideradas: de um lado, as atinentes a uma certa resistência e capacidade do sistema existente às transformações político-constitucionais; de outro lado, as causas pertinentes a uma espécie de escassa vitalidade e incidência das forças que deveriam ativar a transformação. [...] Na segunda hipótese, há de se levar em conta, antes de tudo, uma certa dificuldade, senão relutância, da doutrina penalística, sobretudo nos anos imediatamente sucessivos à Constituição, a desenvolver o trabalho de *concretização* dos valores constitucionais, premissa indispensável para sua penetração no sistema penal” (PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989. p. 19-21).

3 HC 71361, Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 23.09.1994.

4 A Reclamação não alcançou julgamento final em virtude da perda de objeto. Todavia, diversos Ministros apresentaram preciosos votos no decorrer do julgamento (cf. RCL-MC 2391, Min. Marco Aurélio, DJe 16.05.2008, e RCL-QO 2391, Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe 16.05.2008).

sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerte, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal”⁵.

Daí que, sendo “medida cautelar, a prisão preventiva só se admite na medida em que necessária para resguardar a lisura da instrução do processo, a aplicação da lei penal, na eventualidade da condenação e, em termos, a ordem pública; e a aferição, em cada caso, da necessidade da prisão preventiva há de partir de fatos concretos, não de temores ou suposições abstratas”, sendo inidônea a “motivação da necessidade da prisão preventiva, que, despida de qualquer base empírica e concreta, busca amparar-se em juízos subjetivos de valor acerca do poder de intimidação de um dos acusados e menções difusas a antecedentes de violência, que nenhum deles se identifica”⁶.

“A prisão preventiva”, afirmou o Ministro Eros Grau, “como exceção à regra da liberdade, é providência excepcionalíssima e, por isso mesmo, só deve ser decretada nas hipóteses arroladas no art. 312 do Código de Processo Penal, conjugadas com situações reais concretamente demonstradas, a justificarem a necessidade da medida extrema de segregação da liberdade *ante tempus*”⁷.

Tratando da privação cautelar da liberdade individual como um todo, decidiu a Segunda Turma, pela pena do Ministro Celso de Mello, que a “*privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade*”. Por isso, a “*prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu*”. Disso decorrendo que a “*prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia*”. E, concluindo: “*A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal*”⁸.

Por isso, a “gravidade do crime imputado, um dos malsinados ‘crimes hediondos’ (Lei nº 8.072/1990), não basta à justificação da prisão preventiva,

5 HC 79857, Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 04.05.2001.

6 RHC 83179, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 22.08.2003.

7 HC 86620, Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 17.02.2006.

8 HC 89501, Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 16.03.2007, grifos do original.

que tem natureza cautelar, no interesse dos interesses do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (CF, art. 5º, LVII)”⁹.

Esse caráter instrumental, por outro lado, necessita de base concreta e factual que demonstre a estrita necessidade da medida. Daí “por que, desajudado ou carente de base factual, o apelo retórico a possível fuga e seu risco à aplicação da pena não podem sustentar decretação de prisão preventiva, como tenho decidido (cf. *HC 86373-MC; HC 86140-MC; HC 83516-MC*)”¹⁰. E, mais, “não é do réu o ônus de assegurá-lo previamente, mas sim da acusação e do juízo o de demonstrar, à vista dos fatos concretos, ainda que indiciários – não de vagas suposições – haver motivos para temer a fuga às conseqüências da condenação eventual”¹¹.

A indispensabilidade da indicação de elementos concretos “demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, arts. 93, IX e 5º, XLVI)”; e é justamente a “boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, [que] permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial”¹².

Desse caráter excepcional advém o entendimento de que a prisão preventiva não pode ter duração ilimitada, excessiva: “A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou o entendimento segundo o qual o encerramento da instrução criminal afasta a alegação de excesso de prazo. Todavia, aquela inteligência haverá de ser tomada com o temperamento jurídico necessário para atender aos princípios constitucionais e infraconstitucionais, especialmente quando o caso evidencia flagrante ilegalidade decorrente do excesso de prazo não imputável ao acusado. Precedentes das Turmas”¹³.

“Cabe”, assim, “ao Estado aparelhar-se objetivando a tramitação e a conclusão do processo criminal com atendimento dos prazos processuais e, portanto, em tempo razoável. Configurado o excesso, impõe-se, como conseqüência da ordem jurídica em vigor, a liberdade do acusado, até então simples acusado”¹⁴.

9 *RHC 68631*, Min. Sepúlveda Pertence, *RTJ 137/287*. No mesmo sentido, cf. *HC 69950*, Min. Francisco Rezek, *RTJ 128/147*; *HC 79204*, Min. Sepúlveda Pertence; *HC 84884*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; *HC 85036*, Min. Eros Grau; *HC 85900*, Min. Sepúlveda Pertence; *HC 84797-MC*, Min. Cezar Peluso.

10 *HC 87343-MC*, Min. Cezar Peluso, DJ 01.02.2006.

11 *HC 81148*, Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 19.10.2001 – grifo do original. Cf., ainda, *HC 90229*, Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 02.05.2008.

12 *HC 91514*, Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 16.05.2008.

13 *HC 87913*, Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ 07.12.2006.

14 *HC 86104*, Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ 23.03.2007.

A “duração prolongada e abusiva da prisão cautelar, assim entendida a demora não razoável, sem culpa do réu, nem julgamento da causa, ofende o postulado da *dignidade da pessoa humana* e, como tal, substancia constrangimento ilegal, ainda que se trate da imputação de crime grave”¹⁵. Ressaltando o relator, Ministro Cezar Peluso, que esta é “a razão por que o Plenário já assentou que duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar do réu, sem julgamento da causa, ofende o postulado da dignidade da pessoa humana e, como tal, substancia constrangimento ilegal, ainda que se trate da imputação de crime grave (HC 85237/DF; Rel. Min. Celso de Mello; J. 17.03.2005. *Idem*, HC 85583/MG; 1ª Turma; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; J. 09.08.2005)”.

E, ainda, o “excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu –, traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, nºs 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. O indiciado ou o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, ainda que se cuide de pessoas acusadas da suposta prática de crime hediondo (Súmula nº 697/STF), sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmudar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes”¹⁶.

“O reconhecimento constitucional do direito ao julgamento em prazo razoável”, afirmou o Ministro Carlos Britto, “é, antes de tudo, o coroamento da idéia de que para ser eficaz o processo penal não precisa se despir de sua clássica afeição garantista. Ao contrário, a eficácia do exercício do poder punitivo do

15 HC 84931, Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 16.12.2005.

16 HC 85237, Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 29.04.2005.

Estado somente se viabiliza no otimizado entrecruzar do tempo do julgamento e do respeito aos direitos e garantias individuais de matriz constitucional¹⁷.

Daí que o Ministro Ricardo Lewandowski, com o apoio dos demais membros da Primeira Turma, tenha afirmado que a “prisão preventiva deve ser reavaliada de tempos em tempos, tendo em vista que se modifica a condição do réu ou do indiciado no transcurso da *persecutio criminis*”. Sendo “inadmissível que a finalidade da custódia cautelar seja desvirtuada a ponto de configurar antecipação de pena. A gravidade do delito e a existência de prova de autoria não são suficientes para justificar a prisão preventiva¹⁸”.

E a razoabilidade e a proporcionalidade que devem cercar a medida têm impedido que a prisão cautelar perca por mais tempo do que a pena concreta ou eventualmente imposta: “É de se considerar excessivo o lapso temporal de mais de dois anos para julgamento de recurso de apelação criminal. Notadamente quando se trata de réu preso, com parecer ministerial favorável à sua apelação e que sofre o risco de cumprir integralmente a sanção que lhe foi imposta (reclusão por 3 anos)¹⁹”.

Tudo a culminar no belíssimo julgamento da *ADI 3112*, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski e julgada pelo Plenário, no qual o princípio da proporcionalidade novamente alavancou o afastamento de norma que vedava fiança para crimes de mera conduta, tendo-se ainda declarado inconstitucionais dispositivos do Estatuto do Desarmamento que criavam a prisão *ex lege*, não autorizada pela Constituição quer em face da presunção de inocência, quer diante da obrigatoriedade de fundamentação das decisões de prisão por parte da autoridade judiciária competente²⁰.

Este amadurecimento da Corte no sentido de dar nova conformação constitucional à prisão preventiva esteve na base de decisão inédita e unânime do Plenário da Corte, que relaxou prisão preventiva de extraditando por falta, justamente, de necessidade cautelar da medida²¹.

Alguns pontos, todavia, continuam em debate no Plenário.

No *HC 83868*, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, discute-se se a norma que determina que, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade é inconstitucional, face ao princípio da presunção de inocência. Neste caso, o Plenário, por maioria, já deferiu o pedido cautelar para que o paciente aguarde em liberdade o

17 *HC 93523*, Min. Carlos Britto, Primeira Turma, acórdão pendente de publicação (cf. www.stf.gov.br, notícias, 29 de abril de 2008).

18 *HC 90464*, Min. Ricardo Lewandowski, DJ 04.05.2007.

19 *QO-MC-HC 84539*, Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ 18.02.2005.

20 DJe 26.10.2007.

21 *Ext-QO 1054*, Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 22.02.2008.

juízo de julgamento do *habeas corpus*, tendo o relator declarado inconstitucional o art. 3º da Lei nº 9.613/1998. No *RHC 83810*, também já com voto favorável de seu relator, o Ministro Joaquim Barbosa, discute-se se a apelação interposta pela Defensoria Pública em favor de réu revel não pode ser conhecida, porque este não se recolheu à prisão. Já acompanharam o relator os Ministros Carlos Britto, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Na *AO 1034*, sob relatoria do mesmo ministro, discute-se, uma vez mais, se o art. 594 do CPP conflita com o princípio da presunção de inocência. Neste caso, o Plenário, por maioria, concedeu a cautelar ao paciente, até o julgamento final do feito, determinando sua imediata soltura, se por outro motivo não estiver preso. Finalmente, no *HC 85961*, também sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, discute-se se o art. 595 do CPP, que prevê que se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação, foi recebido pela ordem constitucional vigente²².

Resta em aberto, ainda, a questão da execução provisória da pena na pendência de recursos sem efeito suspensivo – leia-se recursos extraordinário e especial –, cujo repúdio chegou a gozar de maioria na Corte até o ingresso de seus mais novos integrantes. A discussão do tema está na pauta do Plenário nos seguintes feitos *HC 84078*, Ministro Eros Grau; *HCs 91676, 92578, 92961, 92933 e 91520*, Ministro Ricardo Lewandowski; e *RHC 93172*, Ministra Cármen Lúcia. E, neste tema, além de vários precedentes acima citados, oxalá prevaleça o entendimento da Segunda Turma expresso no julgamento do *HC 91232*, capitaneado pelo belo voto do Ministro Eros Grau, relator do feito²³.

22 Parte dessa orientação acabou por ser acolhida nas recentes alterações feitas no Código de Processo Penal, especialmente com a nova redação dada ao art. 387, parágrafo único, pela Lei nº 11.719/2008.

23 DJe 07.12.2007.