

## Marco Aurélio Mello • Prisão preventiva e justificação



A sequência no processo-crime sinaliza apurar-se para, selada a

culpa, mediante a ocorrência do trânsito em julgado do título condenatório, prender-se, em verdadeira execução da pena. Essa é a regra. A confirmá-la tem-se o Capítulo 3 — Da Prisão Preventiva — do Código de Processo Penal. Preceitua o artigo 311:

[...]

*Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.*

[...]

O artigo 312 revela os móveis da prisão preventiva:

[...]

*Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.*

[...]

Segue-se o § 1º, a dispor:

[...]

*§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)*

[...]

No § 2º, pedagogicamente, está revelado:

[...]

*§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.*

[...]

Seguem-se os artigos 313 a 316 versando a matéria.

O conjunto de normas revela que a regra é o acusado — até então simples acusado, ante o princípio constitucional da não culpabilidade — responder solto, sendo exceção a prisão preventiva, também apontada como processual. Todo e qualquer preceito que encerre exceção deve ser interpretado de forma estrita. É o que nele se contém, não havendo campo para a criatividade.

Antes da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 — denominado "pacote anticrime" —, não se tinha previsão explícita sobre a duração da custódia provisória, da mitigação do princípio da não culpabilidade. Então, ficou pacificado que se deveria aferir a limitação dos dias de prisão provisória observando-se os prazos relativos à instrução processual, para chegar-se a decisão no processo-crime. Extravassados esses prazos, ter-se-ia o excesso referente à custódia preventiva.

Mais do que isso, a revelar a excepcionalidade da medida, tem-se o artigo 283 do Código de Processo Penal, declarado harmônico com a Constituição Federal na apreciação das ações declaratórias nº 43, 44 e 54. Eis o preceito:

[...]

*Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.*

[...]

Colhe-se do artigo 387 do Código de Processo Penal, mais precisamente do § 1º, que o juiz, ao proferir sentença condenatória, decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva, ou de outra providência cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. Mais ainda, o § 2º encerra que o tempo de custódia provisória, prisão administrativa ou internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. Mesmo diante desse balizamento normativo, os dados revelados pelo



Departamento Penitenciário Nacional, Órgão ligado ao Ministério da Justiça, em 14 de fevereiro de 2020, mediante o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2019, demonstram que dos 758.676 presos, no País, 253.963 são provisórios, equivalendo a 33,47% da população carcerária. Observando o princípio da não culpabilidade, inseriu-se no artigo 316 do Código de Processo Penal preceito cogente. A cabeça do dispositivo prevê que o juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para a subsistência, e novamente determiná-la, se vierem razões que a justifiquem. O parágrafo único é de clareza solar, valendo ter presente a norma de hermenêutica e aplicação do Direito segundo a qual, onde o texto da lei é explícito, não cabe interpretação. O que se dirá reescrever a própria norma, substituindo-se o julgador ao Legislativo?

Tem-se hoje, considerado o parágrafo único do artigo 316, introduzido, repita-se, pelo pacote anticrime, Lei nº 13.964/2019, que, imposta a custódia preventiva, deverá o Órgão emissor da decisão revisar a necessidade da manutenção a cada 90 dias, mediante ato fundamentado, de ofício, sob pena de tornar ilegal a prisão. Iniludivelmente tem-se preceito que atende, em primeiro lugar, a dignidade do homem, do custodiado, que não pode ser jogado, ao que o ministro da Justiça José Eduardo Cardozo disse, às masmorras, esquecido como se animal fosse. É um ser humano e deve ser tratado como tal. Em segundo lugar, a norma imperativa do parágrafo em discussão dispõe cumprir, ao emissor da decisão que implicou custódia preventiva, revisá-la a cada 90 dias, pouco importando onde esteja o processo, na maioria das vezes eletrônico. Não se trata de algo inviável, no mundo da computação. Há de haver, quer no Judiciário, quer no Ministério Público — Estado-acusador —, quer na Defensoria Pública, quer na polícia, cadastro contendo a situação jurídica daqueles que, uma vez acusados do cometimento de desvio de conduta, estejam sob a custódia do Estado. Pelo preceito, renovada a necessidade, mediante pronunciamento judicial fundamentado, da prisão preventiva, não se tem o excesso de prazo. O legislador foi explícito ao cominar consequência para o extravasamento dos 90 dias sem a formalização de ato fundamentado renovando a custódia. Previu, na cláusula final do parágrafo único do artigo 316, que, não havendo a renovação, a análise da situação do preso, a prisão surge ilegal. A tanto equivale, sem sombra de dúvida, a cláusula final: "[...] sob pena de tornar a prisão ilegal".

Garantias e franquias legais e constitucionais não são acionadas pelo homem médio. São acionadas por aqueles envolvidos em processo-crime, e isso ocorre para que haja julgamento justo. Por isso mesmo, tem-se, no artigo 261 do Código, que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Mais do que isso, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, muito menos para inserir distinção não contemplada.

A garantia em análise é linear e alcança todo e qualquer custodiado, pouco importando a imputação a lhe recair sobre os ombros.

Nunca é demasiado reconhecer que a atuação do Judiciário é vinculada ao Direito aprovado pelo legislador, pelo Congresso Nacional. Nessa premissa está a segurança jurídica, a revelação de viver-se não em um regime de exceção, mas num Estado Democrático de Direito.

Sob o ângulo da autodefesa, há de reconhecer-se, como direito natural, o cidadão estar em lugar incerto e não sabido, não se submetendo a ato ilegal. Na apreciação do pedido de implemento de medida acauteladora no momentoso *habeas corpus* nº 191.836/SP, examinei dois temas. Quanto ao primeiro, relativo à subsistência, ou não, dos fundamentos da ordem de prisão cautelar, consignei:

[...]

*2. O Juízo, ao determinar a prisão, referiu-se a dados obtidos mediante interceptação telefônica, vídeos, depoimentos e vigilância policial realizados durante investigação. Assentou participação do paciente em grupo criminoso voltado ao tráfico internacional de drogas e a apreensão de quase 4 toneladas de cocaína. O Tribunal de Justiça, no julgamento da apelação, concluiu persistirem os motivos que ensejaram a custódia. O quadro indica em jogo a preservação da ordem pública e a aplicação da lei penal. Sem prejuízo do princípio constitucional da não culpabilidade, a prisão mostrou-se viável, ante a periculosidade, ao menos sinalizada. Daí ter-se como fundamentado o pronunciamento atacado. A inversão da ordem do processo-crime — no que direciona a apurar para, selada a culpa, em verdadeira execução da pena, prender — foi justificada, atendendo-se ao figurino legal.*

[...]

O segundo tema ficou ligado ao critério objetivo da duração da prisão provisória. Constatando inobservada a norma imperativa, cogente, do parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal e, portanto, extravasado o período máximo de 90 dias relativo à custódia provisória, inexistente qualquer ato renovando-a como exigido, implementei a medida acauteladora, observando, acima de tudo, a Constituição Federal: "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;" — artigo 5º, inciso LXV.

O quadro agravou-se, sobremaneira, quando o presidente do Supremo, à margem dos ditames legais e regimentais, arvorando-se em visão totalitária, censor do ato embora ombreando com o prolator da decisão, veio a afastá-la do cenário jurídico. Fê-lo, totalmente sem base legal, na suspensão de liminar nº 1.395. Tendo Sua Excelência levado o pronunciamento, infrutífero — porque já solto e em local incerto e não sabido o acusado —, ao Plenário, este, nada obstante reconhecendo a inexistência do poder exercido pelo presidente, confirmou-o, por escorre acachapante de 9 votos a 1. Votaram confirmando o ato do presidente Luiz Fux os ministros Alexandre de Moraes, Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

Manifestei-me em sentido diametralmente oposto. Primeiro, escancarando a visão totalitária do presidente. Depois, observando não a pura literalidade do parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, mas o objetivo da norma. Em síntese, considerado instrumental voltado a preservar a liberdade de locomoção, que tem parte única — o paciente, personificado pelo impetrante —, o Tribunal acabou por sinalizar a prisão preventiva de um acusado. O *habeas corpus* é ação de mão única e visa beneficiar, não prejudicar, o paciente. É possível, segundo a legislação de regência, em qualquer processo, defrontando-se o julgador com ilegalidade — no caso, cominada pela norma — a alcançar a liberdade de ir e vir, implementar ordem, não havendo campo para cogitar-se do instituto da supressão de instância no que, em última análise, objetiva beneficiar, jamais prejudicar, a parte — repita-se no *habeas corpus* unicamente o paciente, atuando o Ministério Público como fiscal da lei, não integrando,



por isso mesmo, a relação jurídica processual.

Na atuação individual, considerado exame de pedidos de tutela de urgência, tendo em vista a decisão do Pleno, tenho ressalvado óptica pessoal em sentido diverso, assentando descaber, no campo precário e efêmero, o afastamento da custódia, deixando para tornar efetiva a compreensão sobre o tema por ocasião do julgamento em colegiado.

Ao tomar posse em cargo de Juiz, há 41 anos, mais precisamente em 6 de novembro de 1978, jurei observar a Constituição Federal e as Leis da República. Assim hei de encerrar os dias judicantes, quando deixarei o ofício com o sentimento do dever cumprido.