

CRIMES HEDIONDOS — CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA

ATAÍDES GENEROSO DOMINGOS

Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul

Tem se discutido a inconstitucionalidade do inc. II, do art. 2.º, da Lei 8.072, de 25.7.90, que impede a concessão de liberdade provisória aos autores de fatos definidos na mencionada lei, sob o fundamento de que dita norma viola o princípio do Estado de Direito consagrado no art. 1.º da Constituição Federal e, também, por violação ao *due process of law* e ao princípio da presunção de inocência insculpidos no art. 5.º, incs. LIV e LVII, da Carta Magna.

Todavia, para a perfeita compreensão e alcance do inciso acoimado de inconstitucionalidade, necessário se faz alguma consideração a respeito da natureza da prisão ali estampada.

Tanto a prisão em flagrante, quanto a prisão preventiva constituem formas de prisão cautelar de natureza processual (Tourinho Filho, *Processo Penal*, Saraiva, 6.ª ed., pp. 373 e 407), empregada em benefício da atividade desenvolvida no processo penal, como espécie do gênero coerção processual (Walter P. Acosta, *O Processo Penal*, edição do autor, 18.ª ed., p. 80).

Portanto, estas prisões diferem em substância da prisão penal, “utilizada como meio de repressão dos crimes e contravenções” (idem, p. 80).

Ora, assim posta a questão, verifica-se, desde logo, a incoerência de afronta ao princípio do Estado de Direito consagrado pelo art. 1.º da Constituição Federal, porquanto “o Estado no exercício de sua função repressora da criminalidade não pode abrir mão por inteiro da existência da prisão preventiva, que visa a tornar mais segura e garantida a punição dos criminosos” (Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 2.º/302, 1989).

Tanto que a própria Constituição não proíbe a prisão cautelar processual, desde que contemplada em lei ordinária, como se depreende do art. 5.º, inc. LXVI, além de garantir a prisão em flagrante.

Assim, resta equivocado o primeiro fundamento arguido pelos defensores da inconstitucionalidade.

O desrespeito ao princípio do *due process of law*, quando da não concessão de liberdade provisória aos autores de crimes hediondos, também não encontra suporte na doutrina e jurisprudência. Com efeito, em se tratando de prisão processual, que pode ser decretada antes mesmo de instaurada a ação penal, desde que atendidos os requisitos legais e obedecidas as

formalidades processuais atinentes, não pode ser considerada atentatória daquele princípio, que tem aplicação justamente com a observância das normas processuais reguladoras da matéria.

Como observa Antonio Magalhães Gomes Filho, “É intuitivo que a natureza urgente dos provimentos acautelatórios impõe certas limitações ao pleno atendimento dessas exigências, até porque, como já se registrou anteriormente, se fosse necessário percorrer o mesmo *iter* procedimental indispensável ao provimento definitivo, melhor seria renunciar à cautela” (*Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, Saraiva, 1991, p. 78).

De outro lado, não se excedeu o legislador ordinário ao incluir no art. 2.º, inc. II, da Lei 8.072, a proibição de ser concedida liberdade provisória aos autores dos crimes hediondos. Isto porque o art. 5.º, inc. LXVI, da Constituição Federal, dispõe que: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Assim, o legislador ordinário, atendendo fundamentos político-ideológicos tanto poderia ter proibido a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, aos autores dos chamados crimes hediondos, como o fez, ou a autores de outros crimes, sempre contando com o respaldo e a permissão constitucional.

Não se deve esquecer, ainda, que a Constituição Federal, a par de garantir direitos fundamentais do indivíduo, também garante direitos coletivos (Título II, Capítulo I).

Por isso o Estado necessita lançar mão de garantias (expressas na Lei Maior) que visam a tornar segura a punição de criminosos.

De outra banda, são perfeitamente compatíveis a presunção de inocência e as prisões processuais, como já vêm acertadamente decidindo os tribunais, como se vê das seguintes ementas:

“Princípio da presunção de inocência — Art. 5.º, LVII, da CF — Consagração que não importa revogação das modalidades de prisão previstas na lei processual penal, de natureza cautelar e que atendem à finalidade do processo” (RT 665/414).

“A CF — art. 5.º, LVII — mesmo declarando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, não proíbe a prisão cautelar processual” (STJ, RT 662/347).

“Prisão Processual. Não a impede o art. 5.º, item LVII, da Nova Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal tem decidido que o disposto no item LVII, do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, ao dizer que “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não revogou os dispositivos do Código de Processo Penal que prevêm a prisão processual” (Ac. da 2.ª T do STF, HC 67.841-6-SC, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 7.8.90 — DJU 5.4.91, p. 3.660).

“Liberdade Provisória — Benefício pretendido. Presunção de inocência que não é incompatível com a prisão processual. Art. 5.º, LVII, da CF, que deve ser interpretado em consonância com os demais textos que disciplinam a matéria de prisão” (TJSP, RJTJSP 121/352).

“O ordenamento jurídico não reconhece incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CF) e as regras processuais relativas às prisões cautelares, ditadas em socorro da segurança pública” (STJ, RHC 158-DF, 6.ª T., Rel. Min. José Cândido, DJU 7.5.90).

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já sumulou a matéria, através da Súmula 9, que dispõe: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

Bem antes das decisões referidas, Afranio Silva Jardim já lecionava: “Acreditamos que não se irá ao ponto de procurar vedar a aplicação das regras processuais que disciplinam a prisão provisória, que tem pressupostos próprios, inconfundíveis com a reprimenda penal. Ao se aplicar uma prisão cautelar, não se está partindo da presunção de culpa, mas tutelando os fins e os meios do processo penal, tendo em vista a probabilidade de condenação e o risco de dano irreparável na demora da entrega definitiva da prestação jurisdicional” (*Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres*, Forense, 3.^a ed., p. 410).

A presunção da inocência não tem o alcance que lhe pretendem dar os juristas mais liberais: não é sinônimo de revogação das prisões cautelares, mas diz respeito apenas ao ônus da prova, como corretamente interpretou tal norma o jurista Afranio Silva: “Na verdade, o que a nova Constituição proíbe é que o legislador ordinário inverta o ônus da prova, exigindo que o réu tenha que provar sua inocência, sob pena de condenação em razão de dúvida” (ob. cit., p. 412).

Este entendimento já foi acolhido pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, no julgamento da apelação 571.921-5, como se vê em *RT* 656/303.

Por todos esses fundamentos, verifica-se que a proibição da concessão de liberdade provisória aos autores de crimes hediondos está perfeitamente em acordo com a Constituição Federal. Outras interpretações, salvo melhor juízo, levam em conta apenas e tão-somente o direito do indivíduo, sem considerar o direito da sociedade como um todo.