

Prisão processual¹

HUGO NIGRO MAZZILLI

Promotor de Justiça

1. Antes da condenação definitiva, a supressão da liberdade individual de ir e vir trazida pela prisão não é *pena* e sim *medida cautelar* com finalidade processual penal, útil ao desenvolvimento ou ao resultado do processo.

No Código de Processo Penal em vigor, são espécies de prisão processual: a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão enquanto pendente de apelo a sentença condenatória. No Projeto de Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional (Projeto de Lei n. 1.655, de 1983), incluiu-se também uma “prisão temporária” com finalidades processuais (art. 424).

2. São pressupostos de toda prisão processual a prática de um crime e a existência de indícios de autoria; é condição de admissibilidade o *periculum in mora*, ou seja, o perigo à ordem pública (possibilidade de novos delitos pelo acusado, pela vítima ou seus familiares, ou pelos populares), o perigo à satisfação de eventual pena (possibilidade de fuga), ou o perigo ao andamento regular do processo (possibilidade de o acusado prejudicar a apuração dos fatos).

Tendo em vista a presunção de inocência que deve pairar sobre o acusado antes de definitivamente condenado, logo se há de entender que toda e qualquer forma de prisão processual há de ser excepcional, limitando-se ao mínimo, por configurar-se mal necessário, como o aponta Flamand.

3. Assim, não basta que o acusado seja preso e autuado em *flagrante*, para que se justifique *manter* sua prisão. Não se olvide que, ao contrário das demais prisões processuais, no flagrante a restrição à liberdade individual no mais das vezes é ato cautelar determinado originariamente não pelo magistrado, mas pela própria autoridade policial. Ora, se não estiverem presentes os mesmos requisitos que justificam toda e qualquer prisão processual (v.g. os mesmos que também justificariam uma preventiva), deverá a prisão em flagrante ser relaxada. Não teria sentido que indivíduo primário e de bons antecedentes devesse continuar preso em virtude de flagrante, ainda que não ocorressem as demais condições de admissibilidade da prisão cautelar, se essa mesma pessoa, em virtude de sentença condenatória sujeita a recurso, poderia apelar em liberdade (art. 594 do Código de Processo Penal)!

1. Artigo de 1984, publicado na Revista *Justitia*, 124/195, do Ministério Público do Estado de São Paulo, em jan./mar. 1984; disponível em www.mazzilli.com.br/pages/artigos/prisproc.pdf.

Portanto, embora a lei não o diga expressamente, passa a ser consectário lógico da excepcionalidade da prisão cautelar que o magistrado, ao lhe chegar a comunicação do flagrante ou ao receber a denúncia apoiada neste último, deve manifestar-se fundamentadamente sobre se estão presentes os requisitos que autorizam qualquer tipo de prisão cautelar ou processual, mantendo-o num caso ou relaxando-o no outro.

4. Quanto à *prisão preventiva*, sempre fundamentada na sua decretação, via de regra não será revogada quando da sentença condenatória sujeita a recurso (ao contrário do que ocorre na sentença absolutória). A exceção fica por conta da hipótese de não se justificar a prisão processual, quer porque *tenham cessado* seus motivos determinantes, como no caso de não mais haver interesse na preservação da ordem pública ou na conveniência da instrução, — quer porque se reconheça *jamais tenham existido* seus motivos determinantes, caso em que não haveria porquê manter uma ilegalidade. A regra geral, contudo, é a de que, se havia motivos para a prisão processual antes da sentença condenatória, normalmente maior razão deve havê-los depois desta. Se em fase de cognição incompleta da lide o magistrado houve por bem decretá-la, agora com a cognição total, decidindo-se pela procedência da ação, deve mantê-la se presentes suas condições de admissibilidade.

5. Na *prisão decorrente de pronúncia*, também temos custódia processual. O acusado, a despeito de ver lançado seu nome no arcaico rol de culpados, ainda não está condenado pelo tribunal competente, muito menos em termos definitivos (Revista dos Tribunais, 534/400).

Aliás, a possibilidade expressa na lei de o juiz manter sua prisão processual, decretá-la, deixar de decretá-la ou revogá-la (§§ 1º e 2º do art. 408 do Código de Processo Penal), faz parte dos poderes gerais de cautela do juiz, em qualquer fase ou tipo de procedimento (exceção feita ao art. 66 da Lei de Imprensa). Não é particularidade da sentença de pronúncia, como poderia parecer.

6. Por fim, quanto à *prisão durante o processamento do apelo*, anota-se especial controvérsia sobre se seria modalidade de *prisão cautelar*, como vimos sustentando, ou *execução provisória da sentença*. Quer-nos parecer não se tratar desta última, porque ainda presentes os pressupostos das cautelares: persiste o *periculum in mora*, especialmente pela aumentada possibilidade de fuga do sentenciado ante o desfecho condenatório da ação (neste caso a lei presume o *periculum in mora*, como se invertendo a regra da liberdade para a exceção da prisão processual). Ademais, se se tratasse de execução provisória, em caso de final improcedência seria impossível repor o *status quo ante*, diversamente do que é regra no processo civil (nem se argumente que também a prisão cautelar pode ser irreparável: se esta é mal necessário, não ocorre a mesma necessidade em executar provisoriamente uma sentença penal, sendo o *periculum in mora* fundamento da cautelar). Por isso, não se pode admitir se *execute provisoriamente* uma sentença contra alguém juridicamente presumido inocente, e, em muitas vezes, até mesmo efetivamente inocente: se se admite sua prisão processual é como cautela, nunca como pena antecipada ou provisória, tanto que a detração penal (art. 34 do CP) mais se deve a razões humanitárias do que a ser pena a prisão processual. Em argumento *de lege feren-*

da, note-se que o aludido Projeto de Código de Processo Penal também considera a prisão durante o procedimento do recurso forma de prisão provisória e cautelar (art. 408, inc. III, do Projeto de Lei n. 1.655, de 1983, como já o fazia o Projeto anterior n. 633/75, art. 475, inc. III).

Cabe uma nota sobre a exigência do art. 594 do Código de Processo Penal no sentido de que o direito de apelar solto, ao primário e de bons antecedentes, seja “assim reconhecido na sentença condenatória”. Há três hipóteses a considerar.

Se o juiz reconhece que o réu é primário e de bons antecedentes, mas mesmo assim não lhe faculta apelar em liberdade nem justifica a manutenção da custódia processual, — deverá o *habeas corpus* ser o remédio visando a assegurar-lhe o direito de solto apelar.

Se na sentença for omitida qualquer referência sobre a primariedade e os bons antecedentes do réu, determinando-se *simpliciter* a expedição de mandado de prisão, poderá o acusado interpor embargos de declaração para ver-lhe reconhecido o direito de apelar solto. Se não o fizer, não se sirva da literal interpretação da lei para negar-lhe o apelo em liberdade só porque não “reconhecido na sentença” tal direito: poderá e deverá ser-lhe reconhecido quando do recebimento do recurso pelo juiz *a quo*. Mas, se tal direito lhe for obstado nesse caso pelo juiz *a quo*, só porque não reconhecido na própria sentença, também o remédio heróico poderá assegurar-lhe o apelo em liberdade, se demonstrar preencher os requisitos de primariedade e bons antecedentes.

Por último, se a sentença lhe negar o direito de apelar solto, proclamando erroneamente por hipótese a ausência de primariedade e de bons antecedentes, também o *habeas corpus* deverá ser usado para assegurar o direito ao apelo em liberdade.

8. Como conclusão, podem ser formuladas as seguintes observações:

a) Toda e qualquer prisão processual deve ser providência excepcional, justificada apenas quando houver apreciável *periculum in mora*, devendo ser decretada ou mantida sempre de forma fundamentada.

b) Nos casos de prisão em flagrante, quando a autoridade judicial recebe sua comunicação ou quando recebe a denúncia nele baseada, só deverá mantê-lo sob forma fundamentada, caso presentes os pressupostos que autorizam qualquer prisão cautelar.

c) Embora formulando o art. 594 do Código de Processo Penal às avessas sua proposição, temos que a regra é o apelo em liberdade contra sentença condenatória (réus primários e de bons antecedentes), presumindo a lei o *periculum in mora* apenas na hipótese contrária. Também neste caso, a prisão ainda é processual e cautelar; portanto, está subordinada aos princípios gerais do instituto, ou seja, é excepcional, sendo preferível, à presunção do *periculum in mora*, a fundamentação e o exame em concreto das condições de admissibilidade dessa restrição à liberdade individual enquanto pendente o apelo contra a sentença condenatória.