



Lívia Brasiliense Gentile

A análise da periculosidade do agente na prisão preventiva – um estudo empírico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Trabalho de conclusão de curso da Escola de Formação, da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), sob a orientação da Prof^a Marta Cristina Cury Saad Gimenes.

São Paulo
2007

Sumário

1. Introdução.....	pg.3
2. Metodologia.....	pg.7
3. Análise dos acórdãos.....	pg.11
3.1. HC 89.266/GO (DJ de 29.06.07).....	pg.11
3.2. HC 90.413-1/GO (DJ de 08.06.07).....	pg.15
3.3. HC 89.175-6/PA (DJ de 23.03.07).....	pg.18
3.4. HC 88.476-8/DF (DJ de 06.11.06).....	pg. 23
3.5. HC 89.196-9 (DJ de 16.02.07).....	pg.30
3.6. HC 87.194-1/SE (DJ de 06.10.06).....	pg.34
3.7. HC 84.981-4/ES (DJ de 22.04.05).....	pg.36
3.8. RHC 85.112-6/SC (DJ de 05.08.05).....	pg.38
3.9. RHC 84.847-8/SP (DJ de 03.06.05).....	pg.40
3.10. HC 84.658-1/PE (DJ de 03.06.05).....	pg. 41
4. Conclusão.....	pg.44
5. Bibliografia.....	pg.47

1. Introdução

Vivemos em uma sociedade que cada vez mais cobra das autoridades competentes posturas rígidas de combate à criminalidade. Nesse contexto, o Judiciário também vem sendo freqüentemente convocado para o debate, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), que tenta conciliar a necessidade de aplicação da legislação ordinária no campo penal e processual penal, com os direitos e garantias previstos em nossa Constituição.

Uma das questões de maior relevância que a Corte tem sido chamada a responder são os casos de prisão preventiva fundados na garantia da ordem pública. Segundo o Código de Processo Penal brasileiro¹, há quatro hipóteses para a decretação de prisão preventiva, dentre as quais se encontra a que tem base na garantia da ordem pública. Esse tipo de prisão cautelar sempre causou discussões tanto na doutrina como na jurisprudência brasileiras, visto que ela é encarada por muitos como uma antecipação da pena mascarada sob a forma de medida cautelar².

Defende essa corrente doutrinária que nessa hipótese de prisão haveria violação do princípio da presunção de inocência³, na medida em que o que importa nessas situações seria o interesse da repressão do indivíduo pelo Estado, já que se considera que, solto, ele certamente causará prejuízos ao meio social. Haveria, portanto, presunção de culpabilidade do agente. Além

¹ Art 312, CPP: "A prisão preventiva pode 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".

² A respeito, ver: Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. Saraiva, 1991, pgs. 66 a 69.

³ Princípio que pode ser deduzido do disposto no art. 5º, LVII da Constituição Federal: "ninguém será considerado culpado até o trânsito de sentença penal condenatória".

disso, deve-se considerar que a prisão preventiva é uma medida de exceção tendo, portanto, de se pautar na legalidade estrita⁴.

A prisão preventiva, segundo pode ser depreendido do artigo 312 do Código de Processo Penal, tem como *pressupostos* a prova da materialidade do crime e indício suficiente de autoria (*fumus comissi delicti*, ou seja, a fumaça que indica que algum crime foi cometido por determinada pessoa⁵) e como *requisitos* a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a segurança da aplicação da lei penal, (circunstâncias em que há *periculum libertatis*, isto é, a liberdade do indivíduo pode ameaçar de alguma forma o curso normal do processo e, indiretamente, a sociedade)⁶.

O problema surge na análise de tais circunstâncias de um ponto de vista concreto. Em primeiro lugar, o que podemos entender por “ordem pública”? Intuitivamente, o conceito lembra três idéias principais: paz, tranqüilidade e harmonia sociais. Assim, com base em algo tão amplo, fica difícil definir as hipóteses em que se pode dizer que há preocupação com essa chamada garantia da ordem pública⁷.

Fora isso, a garantia da ordem econômica é outro conceito poroso e que parece estar inserido no de ordem pública. Isso porque quando se quer proteger a ordem pública é impossível não se defender também, embora indiretamente, as regras que regem o meio econômico. Da mesma forma, não

⁴ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. Saraiva, 1991, pgs. 66 a 69 e Pitombo, Sérgio. “Prisão preventiva em sentido estrito”, artigo encontrado em www.sergiopitombo.nom.br.

⁵ Scarance Fernandes, Antonio. “Processo Penal Constitucional”. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – pg. 329.

⁶ Scarance Fernandes, Antonio. “Processo Penal Constitucional”. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – pg. 329.

⁷ Muito interessantes são as reflexões de Sérgio Pitombo, contidas no artigo supracitado: “O que se garante é a paz pública, ou ordem pública material. Torna-se, pois, imprescindível verificar se a prisão, ou a soltura importam, ou não, no quebramento da paz pública, influenciando sobre o processo. Vale dizer, se a tranqüilidade e a ordem sociais devem-se garantir, por meio da prisão processual. A paz pública é o produto da tranqüilidade social, **não artificial**, e da ordem social, entendida **como harmonia, na comunidade**. Nos grandes centros urbanos, é difícil aceitar que a prisão preventiva, de que se cuida, decrete-se para servir ao processo” (grifos no original).

é plausível se pensar em uma violação em qualquer setor da economia que não afete de alguma forma a ordem pública⁸.

Com base em leitura de trabalhos⁹ e acórdãos que discutem o tema, pude identificar seis situações principais nas quais os tribunais brasileiros, em especial o STF, discutem se é possível a decretação de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública. São elas: i) clamor público, ii) periculosidade do agente, iii) gravidade do crime, iv) prevenção especial (necessidade de se evitar novos crimes), v) confiabilidade da justiça, vi) segurança do ofendido.

Algo que notei nos acórdãos estudados foram referências de vários ministros à possibilidade de se manter a prisão devido a uma provável fuga do paciente. Isso foi citado de modo lateral e rechaçado pela Corte em inúmeras ocasiões¹⁰, o que me levou a crer que essa seria uma hipótese de garantia da ordem pública não aceita pelo Tribunal. Entretanto, em outros acórdãos consultados encontrei orientação diversa¹¹. De qualquer modo, estudando o assunto percebi que tanto a doutrina como a jurisprudência classificam essa

⁸Pitombo, Sérgio. "Prisão preventiva em sentido estrito", artigo encontrado em www.sergiopitombo.nom.br.

⁹ Encontrei dois trabalhos acadêmicos que realizaram uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca do tema que é objeto desta monografia: o primeiro é um artigo da Revista Brasileira de Ciências Criminais (nº 44 – ano 11 – julho-setembro de 2003) intitulado "Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública", de Gabriel Bertin de Almeida. O outro trabalho é a tese de mestrado de Leslie Shériida Ferraz, "Prisão preventiva e direitos e garantias individuais", defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 12 de novembro de 2003. Embora eu tenha utilizado algumas idéias contidas em ambos os trabalhos, não pretendo dialogar diretamente com eles, visto que a pesquisa jurisprudencial realizada pelos autores já tem quatro anos, além do que eu pretendi me focar no aspecto da periculosidade do agente, a fim de realizar uma análise qualitativa, enquanto os autores de tais trabalhos realizaram um estudo empírico predominantemente quantitativo, identificando e contabilizando os casos de concessão ou não de habeas corpus em situações em que a prisão preventiva foi decretada com base na garantia da ordem pública. Uma outra dificuldade que eu teria ao comparar tais pesquisas com a que aqui realizei é a falta de precisão empírica dos autores, já que ambos não explicitaram totalmente os termos de pesquisa nem o espaço temporal utilizados.

¹⁰ Dado obtido a partir dos precedentes trazidos nos votos em análise.

¹¹ Parece que STF não aceita a fuga como fundamento idôneo quando o paciente fugiu com receio da própria preventiva, mas, quando foge antes da decretação, e este é o motivo preponderante da decretação da preventiva, ele é aceito, sim, como fundamento da preventiva. No entanto, não estou totalmente segura dessa conclusão, pois esse não é o foco deste trabalho, de modo que não estudei a questão minuciosamente.

hipótese no âmbito da aplicação da lei penal¹² e não da garantia da ordem pública.

Tendo em mente essas possibilidades, optei por lidar com a questão da periculosidade do agente¹³. A periculosidade é um argumento um tanto quanto sensível para ser usado em um Tribunal como justificativa para a prisão preventiva, pois envolve um juízo de culpabilidade, que não deve estar presente no momento da decretação da medida cautelar¹⁴. Além disso, quem é julgado “perigoso” deve, ao fim do processo de conhecimento, quando comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, ser afastado da sociedade por meio de medida de segurança, não por meio cautelar, pois tal sujeito é considerado inimputável para efeitos penais.

Isso se enquadra no fenômeno estudado por Zaffaroni¹⁵, qual seja, a formação de um sistema penal cautelar diferenciado do sistema penal de condenação, em que pesam fatores como suspeita do cometimento do delito (o direito penal entraria aqui apenas como critério para a qualificação cautelar), além de considerações acerca de periculosidade e dano. É a individualização ôntica do inimigo. Dessa forma, não importa muito a forma com a qual a sociedade irá puni-lo, seja medida de segurança, pena ou medida cautelar, contanto que ela consiga confinar os temidos inimigos, retirando-os do meio social.

De qualquer forma, não é a intenção deste trabalho tachar um posicionamento correto a respeito do tema, mas sim verificar como o STF vem lidando com os pedidos de habeas corpus em que se discute tal hipótese para a decretação de medida cautelar. Isso porque é possível pensar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública de duas formas: ou se aceita a ordem pública como fundamento idôneo dessa medida cautelar, do que decorre a necessidade de fundamentação da mesma, ou simplesmente se

¹² Pitombo, Sérgio. “Prisão preventiva em sentido estrito”, artigo encontrado em www.sergiopitombo.nom.br

¹³ Ver explicações na parte da metodologia do trabalho.

¹⁴ Pois isso fere a presunção de inocência, conforme expliquei acima.

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raul. “O inimigo no direito penal”. Rio de Janeiro, Revan, 2007.

rejeita tal possibilidade, o que envolve um problema mais teórico, relacionado à pertinência ou não dos preceitos processuais penais.

A partir de agora irei mostrar a metodologia aqui utilizada.

2. Metodologia

O presente tópico de meu trabalho tem por finalidade delinear as escolhas metodológicas realizadas desde a escolha do tema até a seleção final dos acórdãos utilizados nessa caminhada.

Desde o momento em que me decidi pelo estudo das prisões processuais no âmbito do Supremo Tribunal Federal, deparei-me com alguns problemas práticos durante a pesquisa. Inicialmente, minha idéia era verificar os critérios que a Corte usava para a concessão (ou não) de habeas corpus nessas prisões, a fim de elaborar uma espécie de placar de deferimento e indeferimento dos pedidos.

Logo percebi, entretanto, que além de ser uma abordagem muito extensa, não era uma análise meramente quantitativa o que eu desejava alcançar ao término da monografia. Assim sendo, resolvi me debruçar sobre os casos de prisões preventivas, mais especificamente, apenas aquelas decretadas com base na garantia da ordem pública.

A partir de tal delimitação procedi a uma pequena pesquisa doutrinária com o intuito de me aprofundar um pouco mais no assunto. Isso me levou a pensar, conforme o explicado na introdução, que a prisão preventiva nessas situações parece se configurar como uma antecipação de pena e não como uma medida cautelar propriamente dita.

Isso, todavia, precisava ser verificado na prática. A questão estava, portanto, em saber como o Supremo lidava com o assunto. Concederia os habeas corpus? Todas as vezes? Sob quais alegações? Por maioria ou por unanimidade?

Estava claro que eu tinha a intenção de elaborar um estudo mais profundo das alegações dos ministros, o que foi de certo modo frustrado quando percebi o imenso número de casos que ainda restavam, mesmo após a delimitação feita.

No sítio do Supremo¹⁶ realizei inúmeras pesquisas durante os meses de julho e agosto, quando ainda não havia decidido por completo a abordagem que iria seguir. Ao realizar uma busca no tópico “pesquisa de jurisprudência” do sítio em 30 de agosto, ao digitar a expressão “garantia adj2 ordem adj2 pública”, foram encontrados 242 acórdãos¹⁷, na sua quase totalidade habeas corpus¹⁸.

Eis então que percebi que meu universo de pesquisa ainda estava muito amplo, visto que minha intenção era me aprofundar em termos de argumentação, conforme já ressaltai. Desse modo, comecei a pesquisar separadamente cada uma das situações em que se reputa como hipótese de prisão preventiva para garantir a ordem pública¹⁹. Os resultados encontrados, de forma resumida, foram²⁰:

Expressão utilizada ²¹	Número de decisões
“garantia adj ordem adj pública e	5

¹⁶ www.stf.gov.br

¹⁷ Em 12 de outubro realizei nova pesquisa utilizando os mesmos termos e encontrei 245 acórdãos, sendo que os três novos acórdãos se localizavam justamente no espaço temporal entre os meses de agosto e outubro.

¹⁸ Havia também alguns recursos de habeas corpus.

¹⁹ Vide considerações feitas na introdução.

²⁰ Última pesquisa realizada em 12/10/07 no sítio do Supremo.

²¹ Em alguns casos não houve diferença ao se utilizar “adj” ou “adj2” entre as palavras buscadas; em outras situações, todavia, a busca mostrou resultados distintos de acordo com o termo utilizado, conforme demonstrei acima.

periculosidade adj agente"	
"garantia adj2 ordem adj2 pública e periculosidade adj2 agente"	16
"garantia adj ordem adj pública e gravidade adj crime"	20
"garantia adj ordem adj pública e clamor adj público"	11
"garantia adj ordem adj pública e prevenção"	5
"garantia adj ordem adj pública e segurança adj ofendido"	Nenhuma
"garantia adj ordem adj pública e confiabilidade adj justiça"	Nenhuma
"garantia adj ordem adj pública e credibilidade adj justiça"	1
"garantia adj2 ordem adj2 pública e credibilidade adj2 justiça"	8

Acreeitei que a melhor opção seria escolher uma das hipóteses acima elencadas para análise, o que se revelou muito proveitoso para o presente trabalho. Dessa maneira, resolvi trabalhar somente com os casos de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública fundadas em uma (suposta) periculosidade do agente, a partir da busca que havia apontado um número maior de acórdãos ("garantia adj2 pública adj2 pública e periculosidade adj2 agente").

Com relação ao recorte temporal, ao proceder a uma primeira leitura das ementas pude notar que a maior parte dos julgados é bem recente, de modo que optei por lidar apenas com os acórdãos do início de 2003 até 31 de agosto de 2007 (o mais próximo possível do momento presente). Logo, dos 16 acórdãos encontrados com a expressão relativa à periculosidade do agente, 10 me serviram aos fins propostos.

A escolha do ano de 2003 como marco inicial de minhas pesquisas levou em conta alguns fatores. Em primeiro lugar, porque a maior parte dos acórdãos encontrados é extremamente recente (2006/2007) e, além disso, pelo fato que em 2003 três novos ministros entraram no quadro do STF²², sendo esse um dos anos em que mais mudanças ocorreram. Destarte, minha intenção foi obter uma orientação atual do tribunal em relação ao tema.

Por fim, ao proceder à leitura completa dos acórdãos, notei que os ministros citaram uma série de outros casos semelhantes, sendo que algumas vezes os eles mesmos os chamaram de “precedentes”. Entretanto, como quase todos não se encaixavam no recorte temporal estabelecido, não os analisei diretamente, apenas como partes importantes das argumentações elaboradas.

Dessa maneira, a partir dos acórdãos selecionados, pretendi responder à seguinte pergunta neste trabalho: o STF considera válida a prisão preventiva fundada na ordem pública, amparada na periculosidade do agente acusado da prática de um crime? Se sim, em todos os casos analisados? E, o que considero mais importante: os ministros justificam explícita e adequadamente seus votos em um assunto complexo como esse, que envolve a liberdade individual?

²² O Ministro Carlos Britto entrou na vaga deixada pelo Ministro Ilmar Galvão, o Ministro Joaquim Barbosa, no lugar do Ministro Moreira Alves e, por fim, a vaga do Ministro Sidney Sanches foi preenchida pelo Ministro Cezar Peluso.

3. Análise dos acórdãos

Passo agora à análise dos acórdãos selecionados, que estão aqui elencados a partir de em uma seqüência cronológica, que vai do caso mais recente ao mais antigo.

3.1. HC 89.266/GO (DJ de 29.06.07)

Geison Inácio da Costa foi acusado da prática do crime previsto no art. 157, §2º, I e II do Código Penal (roubo duplamente qualificado). Ele teve a prisão preventiva decretada com base nos elementos colhidos no inquérito policial e impetrou habeas corpus no STF para questionar a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que determinou a manutenção do decreto de prisão. O relator do caso, no STF, foi o Ministro Ricardo Lewandowski.

No referido acórdão do STJ, que é objeto de análise pelo relator, alegou-se que havia a necessidade da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, tendo em vista os indícios concretos de periculosidade do agente. Na situação em questão, cabe lembrar, o paciente se encontrava na iminência de ser preso.

Cabe aqui esclarecer que todos os acórdãos que li a respeito de prisão preventiva têm, em primeiro lugar, a preocupação de afirmar que estão presentes indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime, que são os dois pressupostos para tal medida cautelar²³. Assim sendo, nos próximos acórdãos comentados isso estará implícito em minhas considerações.

Alegaram os impetrantes da ação que “a prisão preventiva ofende os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, uma vez que ela apresenta nítido caráter de antecipação de pena”²⁴. Interessante notar que

²³ Vide explicações dadas na introdução.

²⁴ Pg. 1192 do acórdão.

essa consideração recaiu sobre qualquer tipo de prisão preventiva, segundo o que se pode deduzir do trecho mencionado, e não apenas a respeito da modalidade com fundamento na garantia da ordem pública. Isto é, para os impetrantes, a existência de prisão preventiva seria, em si mesma, inconstitucional. Não creio ser precipitado afirmar que o STF não aceita tal tese em absoluto, do contrário, não teríamos inúmeros habeas corpus em que se vem discutindo o cabimento ou não dessa prisão, nos mais diferentes casos possíveis.

Os impetrantes também afirmaram a falta de fundamentação da medida, a falta de interesse da sociedade na prisão e características positivas do réu (residência fixa, bons antecedentes, primariedade, entre outros). No entanto, é posição consolidada na jurisprudência brasileira que características positivas do réu não impedem a prisão cautelar, fato lembrado algumas vezes pelos ministros, mas que na maior parte delas não recebeu maiores considerações.

O voto do relator foi seguido pela maioria dos ministros, à exceção do Ministro Marco Aurélio. O Ministro Ricardo Lewandowski defendeu a excepcionalidade da medida e concorda com o entendimento do STJ de que esta realmente seria uma situação excepcional, tendo em vista que o paciente representa um perigo para a coletividade, sendo esse motivo suficiente, destarte, para o decreto de prisão preventiva visando à garantia da ordem pública.

O referido Ministro também transcreveu trechos da decisão do STJ que foram muito ilustrativos para o seu voto:

“Acrescente-se que o declarante Allan Francisco da Costa, tio do representado, afirmou que o trator Massey Ferguson, produto do crime, estava na posse de Geison e que foi deixado em sua fazenda e que, logo após

suspeita de ser produto de ilícito, encaminhou o veículo à polícia militar na cidade de Heitorai, conforme declaração prestada às fls. 15-16.

O indiciado revelou-se pessoa perigosa e a sua liberdade provisória acarretará danos à ordem pública.

*A periculosidade do indiciado justifica a decretação de medida extrema*²⁵.

Ora, tais considerações me pareceram extremamente subjetivas para fundamentar uma medida tão severa como a prisão preventiva, mas são justamente elas que determinaram o voto do Ministro-relator. Será que é aceitável que o STF se deixe levar por argumentos do tipo “alguém disse que o indivíduo fez isso e por isso eu acho que ele é perigoso”, como pareceu ocorrer aqui?

É necessário ter sempre em mente que tanto o conceito de ordem pública como o de periculosidade são muito amplos, possibilitando grande margem de discricionariedade ao juiz. Assim, pode-se pensar que cabe a ele julgar se determinadas condutas, a despeito de terem punições previstas no Código Penal, são passíveis de reprovação em momento anterior à sentença condenatória transitada em julgado, em nome de um suposto interesse da coletividade. Mas isso de modo algum é possível, pois fere a presunção de inocência, na medida em que há uma consideração prévia de culpabilidade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A pessoa apenas pode sofrer medidas restritivas de sua liberdade com vistas ao regular andamento do processo, sem haver qualquer juízo de culpabilidade.

Em um outro excerto da decisão do STJ se admitiu que a aferição de periculosidade foi deduzida a partir das informações contidas no inquérito policial, aceitas e valoradas livremente pelo Judiciário. Segue o trecho:

²⁵ Pg 1195 do acórdão do STF.

“A necessidade de garantia da ordem pública se impõe em razão da periculosidade do paciente, constatada no curso do inquérito policial, verificada não só em razão do modus operandi empregado, com a utilização de armas de fogo, imobilização de vítimas e emprego real de violência, bem como em vista das notícias de que é contumaz praticante de delitos contra o patrimônio”²⁶.

Como não afirmar que implica análise subjetiva a decretação de uma medida cautelar que se baseia, dentre outras coisas, em notícias de que o indivíduo costuma praticar esse tipo de crime? Os tribunais, em especial o STF, não deveriam seguir o supracitado princípio da presunção da inocência, resguardando de forma adequada os direitos fundamentais contidos no artigo 5º da Constituição Federal? Isto é, não haveria a necessidade de existir elementos mais concretos para uma medida de tamanha singularidade como a prisão preventiva, conforme admite o próprio Ministro Ricardo Lewandowski?

Ocorre que ele disse claramente em seu voto que tais informações contidas no acórdão do STJ não são abstratas, mas sim suficientes para formar um quadro da personalidade e dos antecedentes do paciente que, embora tenha reconhecido que são perfunctórias, prestaram-se a fundamentar a prisão preventiva na presente situação²⁷.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, proferiu um voto em sentido totalmente oposto ao do relator, na medida em que considerou que a primariedade e os bons antecedentes não condiziam com a suposta prática reiterada de tais crimes, de sorte que não se pode ter uma posição definida a respeito antes de vir à tona um decreto condenatório.

Quanto ao *modus operandi* do crime, apontado pelo STJ como um dos elementos apto a configurar a periculosidade do agente, alegou o Ministro:

²⁶ Pg. 1195 do acórdão do STF.

²⁷ Pg. 1196 do acórdão.

“A forma mediante a qual se deu o roubo, com o emprego de arma de fogo, diz respeito ao tipo penal. E, quanto ao tipo penal, deve-se aguardar a conclusão do processo e a prolação da decisão”²⁸.

Após o voto do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Ricardo Lewandowski prestou um esclarecimento, afirmando que a denegação do habeas corpus por sua parte se deu também devido à preocupação da polícia no combate a uma suposta quadrilha, portanto, julgou ele ser uma “forma de a sociedade acautelar-se contra *delitos dessa natureza*”²⁹. Assim, a 1ª turma do STF acabou denegando o habeas corpus, por maioria de votos.

Nesse momento, o Ministro parece estar usando um outro argumento, que não a periculosidade, para justificar sua decisão. Afinal, se ele defendeu que a prisão seria importante na presente situação para a sociedade se prevenir contra “delitos dessa natureza”, é porque ele já valorou negativamente a conduta praticada, considerando grave o crime praticado. Ocorreu, destarte, uma confusão de justificadoras para a prisão (periculosidade e gravidade do delito), fato que parece ser comum nos votos dos ministros e que vou tentar comprovar de forma mais precisa a partir da análise dos acórdãos seguintes.

3.2. HC 90.413-1/GO (DJ de 08.06.07)

No presente acórdão, julgado pela 1ª turma do Tribunal, Jorge Moreira Costa foi acusado de formação de quadrilha e falsificação de papéis e documentos. Ele impetrou habeas corpus com pedido de liminar no STF contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que denegou seu pedido de liberdade, fundamentando a prisão preventiva com os argumentos de garantia

²⁸ Pg. 1197 do acórdão.

²⁹ Pg. 1198 do acórdão.

da ordem pública, em vista de sua "acentuada periculosidade"³⁰ e devido à conveniência da instrução criminal.

O impetrante alegou falta de fundamentação da decisão, inocorrência dos pressupostos da prisão preventiva, características favoráveis do réu, bem como cerceamento do direito de defesa, pois o processo conteria provas ilícitas³¹.

O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, afirmou que em sede de habeas corpus não cabe a produção de provas, logo, disse ele que:

"(...) não se mostra factível, como quer o impetrante, examinar as questões que levantou no tocante ao cerceamento de defesa, à ilicitude das provas e à inexistência de indícios de autoria (...)"³².

Interessante, todavia, é notar que as condições negativas do paciente, por sua vez, foram consideradas pelo magistrado de 1º grau, que tem trecho de sua decisão transcrita no voto do Ministro-relator; este, por sinal, seguiu-a sem ressalvas.

Tal decisão também não trouxe argumentos sólidos suficientes a provar, de modo concreto, a periculosidade do agente, pois nela constava apenas o seguinte:

"(...) as circunstâncias dos crimes evidenciam sua periculosidade, dada a forma de execução do delito, de sorte que é necessária a manutenção no cárcere, a fim de garantir a ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal e, ainda, venha a delinquir novamente"³³.

³⁰ Pg. 676 do acórdão do STF.

³¹ Pg. 677 do acórdão.

³² Pg. 679 do acórdão.

³³ Pg. 681 do acórdão.

Houve uma evidente falta de consistência da argumentação, tanto do juiz de primeiro grau que, a partir do que foi transcrito pelo Ministro Ricardo Lewandowski, não trouxe elementos concretos que pudessem justificar a periculosidade do agente, como do próprio Ministro, que apenas confirmou tal decisão, enxergando nela indícios suficientes que comprovassem que o acusado representava um perigo para a sociedade, havendo o temor, destarte, que o mesmo viesse a obstruir a instrução criminal e frustrar a aplicação da lei penal.

Um ponto curioso a ser notado é o fato de que muitos dos acórdãos que tratam de prisão preventiva, inclusive este, costumam diferenciar a idéia de ordem pública (como algo abstrato) de fatores como periculosidade do agente, gravidade do crime e prevenção, como se essas fossem circunstâncias concretas que diferem da ordem pública, quando na verdade são elas que justificam essa possibilidade de prisão sendo, portanto, suas hipóteses, ou melhor, seus requisitos.

O referido acórdão continha ainda o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que acompanhou o relator, mas ressaltou que a gravidade do crime, por si só, não pode jamais fundamentar a prisão preventiva³⁴. E, embora o acórdão também fundamentasse a prisão com base na garantia de aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal, além da própria ordem pública, o Ministro não fez referência a tais elementos.

³⁴ Pg. 682 do acórdão.

3.3. HC 89.175-6/PA (DJ de 23.03.07)

Este habeas corpus, que foi denegado pela maioria dos votos da 1ª turma do STF, trouxe também uma discussão a respeito dos sucessivos recursos interpostos³⁵, que não é tão relevante aos objetivos deste trabalho.

Ao contrário dos dois casos analisados, neste tivemos prisão preventiva decretada no curso da ação penal, e não no inquérito policial³⁶. No entanto, a impetrante da ação defendeu que a prisão anterior ao trânsito em julgado do processo foi, na prática, uma antecipação da pena, ferindo, dessa forma, o princípio da presunção de inocência. O argumento foi rechaçado pelo Ministro-relator Ricardo Lewandowski, que afirmou não ser possível conferir tamanha amplitude ao referido princípio, pois, do contrário, seria inviável a existência de qualquer segregação provisória.

A situação foi complexa, porque houve decisão condenatória do Júri pelo crime de homicídio duplamente qualificado, atribuído aos pacientes do habeas corpus, nos seguintes termos:

“Dispõe a (sic) matéria a súmula nº 9 do STJ: a exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

(...) esse é o reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal: a determinação para a expedição de Mandado de Prisão não conflita com o princípio constitucional da presunção de inocência (...)

³⁵ Discussão que se pauta principalmente em torno da Súmula nº 267 do STJ, que dispõe: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

³⁶ Este caso não é propriamente de prisão preventiva, mas de prisão decorrente de decisão sujeita a recurso. Mesmos nestes casos, a doutrina entende que os requisitos do art. 312 do CPP devem ser obedecidos, porque caso contrário as prisões seriam automáticas, e os requisitos das cautelares precisam, em verdade, ser sempre analisados.

O Tribunal do Júri é soberano, a decisão do Conselho de Sentença deve ser respeitada e, portanto, cumprida, e, nesse sentido, considerando que o Conselho de Sentença condenou os réus, esta magistrada Presidente do Tribunal do Júri determina que os mesmos sejam imediatamente conduzidos à penitenciária de Americano³⁷.
(grifos no original)

O Tribunal de Justiça do Pará concedeu medida liminar em habeas corpus aos pacientes; todavia, posteriormente a liminar foi cassada e o STJ, ao final, denegou a ordem.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski disse que a prisão foi devidamente fundamentada, com base nas informações trazidas na decisão do Júri e contidas nas contra-razões de apelação do Ministério Público (MP), em que se tentou detalhar de forma precisa os fatos ocorridos, de modo a provar a periculosidade dos agentes e a gravidade dos crimes por eles cometidos. Nesse sentido, alegou o MP, de forma a comprovar tais idéias:

"(...) na disputa pela terra, o terceiro denunciado representou contra a vítima junto ao IBAMA, fez ocorrência policial e travaram batalha judicial. Não satisfeito, decidiu por termo à desavença e a sua maneira, encomendando aos próprios filhos a morte da vítima.

(...) [no] momento em que trafegavam pela PA-140, o veículo que transportava a vítima foi fechado pelo veículo que conduzia os dois primeiros denunciados, quando Duciелton Moreira atirou em Milton Capácio, atingindo a lateral de seu veículo, fazendo com que seu condutor entrasse na área pertencente à Fazenda Sonho Meu. Ao tentar romper a cerca limite daquela propriedade, o carro ficou preso pelo arame farpado, fazendo com que a vítima e seu filho abandonassem o veículo procurando fugir da fúria dos denunciados,

³⁷ Pg. 485 do acórdão do STF.

*saindo um para cada lado. Todavia, dez metros após, a vítima foi alcançada e alvejada com três tiros disparados pelo primeiro denunciado*³⁸.

A partir dessas informações o referido Ministro considerou devidamente demonstrada a necessidade da prisão cautelar para a garantia da ordem pública, “diante da elevada periculosidade demonstrada pelos réus, que cometeram o crime de homicídio por motivo torpe e de emboscada”³⁹.

Ficou claro que, diante de tais dados trazidos pelo MP, a aferição de periculosidade pôde ser feita de uma forma mais precisa do que nos acórdãos anteriores. A gravidade do crime também estava de certa forma provada. A questão que restou foi a seguinte: são essas situações, ou melhor, circunstâncias que podem justificar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública? Não há resposta certa para essa pergunta e o intuito do trabalho é justamente verificar como o STF lida com o problema.

O voto do Ministro Sepúlveda Pertence no acórdão anterior (HC 90.413-1/GO) foi claro ao negar a possibilidade de manutenção da prisão preventiva com lastro apenas na gravidade do crime, opinião compartilhada pelo Ministro Marco Aurélio⁴⁰ no primeiro acórdão por mim analisado (HC 89.266/GO).

Já o Ministro Ricardo Lewandowski pareceu crer que ambas as circunstâncias são justificadoras da medida cautelar, conforme trecho de seu voto:

*“(...) art. 312 do Código de Processo Penal, que autoriza a prisão cautelar para a garantia da ordem pública, perfeitamente aplicável ao caso, diante da **elevada periculosidade demonstrada pelos réus**, que*

³⁸ Pg. 489 do acórdão do STF.

³⁹ Pg. 490 do acórdão.

⁴⁰ Pg. 10, nota 15.

cometeram o crime de homicídio por **motivo torpe e de emboscada** (...)”⁴¹
(grifos meus).

“Motivo torpe e de emboscada” são circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio, segundo o art. 121, §2º, incisos I e IV, do Código Penal, respectivamente⁴². Ora, então é lícito concluir que o Ministro considera que tanto a gravidade do crime como a periculosidade dos agentes são motivos suficientes para a prisão preventiva. Isso não equivale a dizer, no entanto, que a simples presença de qualificadoras enseja a prisão preventiva devido à gravidade do crime. Será que haveria necessidade da junção dos dois fatores (periculosidade e gravidade do crime) para tanto? E se houvesse apenas um deles presentes, o Ministro ainda assim denegaria o habeas corpus? Da leitura isolada deste acórdão não podemos extrair uma conclusão a respeito. Entretanto, da análise dos acórdãos anteriores foi possível notar que, ao menos quanto à periculosidade do indivíduo, o Ministro Ricardo Lewandowski considerou fator suficiente para a manutenção ou decretação dessa prisão cautelar ou, ao menos, o que ele considerou ser periculosidade.

Mas, voltando ao presente caso, ainda haveria um terceiro fundamento para o voto do Ministro, qual seja, o fato de a credibilidade da Justiça e a confiabilidade de outros órgãos governamentais estarem em jogo⁴³. Isso, todavia, não foi muito bem explicado em seu voto, de sorte que posso julgar ser essa uma *obiter dictum* e não a *ratio decidendi* de seu voto.

⁴¹ Pg. 490 do acórdão.

⁴² Art 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

(...) §2º Se o homicídio é cometido:

I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

(...) IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

(...) Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

⁴³ Pg. 490 do acórdão.

Por fim, uma última observação cabível ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski é a utilização de doutrina, a fim de explicitar um pouco o que seria o conceito de ordem pública⁴⁴.

Já o Ministro Marco Aurélio apresentou um voto bem sucinto, em que sustentou que se está diante de caso em que a prisão se fez para cumprimento de pena, sem formação devida da culpa, como seria de se esperar no processo penal. O Ministro também discordou da Súmula 267 do STJ⁴⁵, pois para ele a disposição contraria o princípio da não-culpabilidade, fatores que o levam a deferir a ordem de habeas corpus.

O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou o Ministro Marco Aurélio, no seguintes termos:

“Entendo que nem a gravidade do fato imputado nem a intuição da periculosidade, a partir dele inferida, se encaixam nos fundamentos estritos da prisão preventiva. Continuo convencido de que a admissão da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública, não pode servir, com todas as vênias, para a antecipação da pena”⁴⁶.

Aqui o Ministro não aceitou a periculosidade como fundamento, diferentemente do que decidiu no acórdão anterior (mais recente). Será isso uma falha de coerência entre seus votos? Talvez. Nunca teremos certeza do que se passa na mente de um juiz na hora de sua decisão mas, ao menos nesse caso, parece que o Ministro Sepúlveda Pertence quis dizer que o que é inadmissível para ele é a periculosidade aferida, deduzida da gravidade do crime; ela poderia, portanto, ser fundamento da prisão preventiva se verificada a partir de dados concretos⁴⁷.

⁴⁴ Ele cita Mirabete, Julio Fabbrini. “Código de Processo Penal interpretado”. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 803.

⁴⁵ Ver nota 34.

⁴⁶ Pg. 492 do acórdão.

⁴⁷ HC 90.413, pg 682.

Da leitura dos votos dos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence percebi argumentações coerentes, mas simplórias, principalmente se comparadas com a do Ministro Ricardo Lewandowski. Isso, no entanto, não é motivo para uma crítica tão veemente aos votos, ainda mais se se considerar que na matéria penal o ônus sempre é da acusação, ou seja, seria esperado que para se manter a restrição de liberdade do paciente haja uma necessidade maior de argumentação, enquanto que para a sua defesa isso não seja tão essencial.

3.4. HC 88.476-8/DF (DJ de 06.11.06)

Novamente temos em pauta um habeas corpus com pedido de liminar contra decisão do STJ que manteve prisão preventiva de Josimar Pereira de Souza, acusado de tentativa de homicídio qualificado, com aumento de pena, em concurso de pessoas (art. 121, §2º, incisos II, IV e V, §4º, 2ª parte; art.14, II e art. 29).

Os impetrantes alegaram, à semelhança dos outros acórdãos aqui estudados, a ocorrência de constrangimento ilegal do paciente, em razão de ausência de fundamentação da prisão preventiva decretada.

Neste ponto, vale a pena uma observação: parece não ser precipitado demais afirmar que a suposta ausência de fundamentação é um argumento recorrente na defesa do paciente do *habeas corpus*, o que poderia levar à conclusão de que isso é algo valorizado nos votos dos ministros do STF. Todavia, o que percebo até aqui é justamente o contrário, visto que o Tribunal não parece entrar no mérito da fundamentação da prisão, mas apenas analisar o cabimento ou não em cada caso específico de modo muito genérico, tendo em vista as possibilidades da ocorrência da medida cautelar⁴⁸.

⁴⁸ Esse ponto será retomado mais adiante, bem como na conclusão.

Da leitura do acórdão, percebi que novamente as justificativas da necessidade da prisão foram muito questionáveis, já que ela foi decretada com base nos autos do Inquérito Policial, do qual se poderia aferir, segundo o ato decisório da medida, a gravidade do delito ocorrido, que trouxe insegurança à comunidade e subtraiu a paz pública⁴⁹. Além disso, alegou-se que:

*“A natureza do crime, somada às circunstâncias da situação fática criminosa (...) revelam a **periculosidade de que são possuidores os acusados** e as obstinações nos seus intentos, corroborando a necessidade da decretação da custódia preventiva dos representados”⁵⁰ (grifo meu).*

Mais curiosa ainda se mostrou a seguinte passagem do decreto de prisão:

“Ademais, o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a credibilidade da justiça em face da gravidade do crime, mormente em casos como esse, em que os motivos do crime são repugnantes”⁵¹.

O decreto, que teve trecho transcrito pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, é confuso e não deixa clara a necessidade da prisão, pela análise que pude fazer. Houve uma confusão entre as possibilidades de decretação da prisão preventiva, bem como das circunstâncias que legitimaram tal medida em face da garantia da ordem pública. Os dois trechos acima elencados ilustram bem o segundo problema. No primeiro excerto há a idéia de que a periculosidade pode ser inferida da gravidade do crime, algo que posso afirmar não ser unânime dentre os ministros do STF, pois já indiquei no presente trabalho que alguns deles diferenciam bem os dois critérios, inclusive não aceitando a gravidade do delito como justificadora da prisão, pois isso não seria fundamento para a medida cautelar. Estaríamos, ao invés disso, tendo o

⁴⁹ Pg. 591 do acórdão (ver nota 39).

⁵⁰ Pg. 591 do acórdão (ver nota 39).

⁵¹ Pg. 592 do acórdão.

próprio julgamento do caso, transformando assim a prisão em uma antecipação de pena e ferindo a garantia da presunção de inocência⁵².

Já o segundo trecho é mais confuso. Alegou-se que a ordem pública não está relacionada apenas à credibilidade da justiça que, segundo se coloca, decorreria da gravidade do crime. Isto é, quando a sociedade se depara com um delito considerado "grave", pelo senso comum, haveria uma obrigação da Justiça em aplicar exemplarmente uma punição, a fim de manter a confiança das pessoas na mesma. Além do fato de o raciocínio ser retrógrado e fundado em questões emocionais, o decreto estipulou que a ordem pública não deve se restringir a isso, visto que também seria importante considerar os motivos do crime que, na situação, seriam repugnantes. Mas o que seria então esse conceito? Novamente posso perceber a dificuldade que o Judiciário tem em formular uma definição precisa nesse sentido⁵³, sendo não rara essa confusão de critérios.

No entanto, há um outro problema a ser discutido, conforme alertei anteriormente: o acórdão do STF, bem como o decreto em questão, não explicitaram qual foi a justificadora da prisão preventiva, se a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a garantia de aplicação da lei penal. Parece que os três fatores influíram para tanto, mas em nenhum momento houve o estabelecimento de um como o decisivo, pelo menos não apontado de forma clara por algum dos ministros. Mas é inegável que as maiores considerações feitas recaíram no âmbito da garantia da ordem pública.

Cito ainda a conclusão do decreto de prisão, igualmente contida no voto de Gilmar Mendes:

⁵² Voto do Sepúlveda Pertence no HC 90.413-1/GO.

⁵³ Tem-se, entretanto, uma definição de Moreira Alves que é muito semelhante ao trecho acima discutido: "no conceito de ordem pública não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa" (STF, RHC 65.043-1/RS, rel. Min. Carlos Madeira, DJU, 22 maio 1987, p. 9756).

*“Assim, presentes os pressupostos da prisão preventiva – indícios de autoria e certeza da materialidade – aliados à necessidade da segregação do réu como **medida de garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal** (...)”⁵⁴ (grifos meus).*

O parecer da PGR, também citado no voto de Gilmar Mendes, pelo não conhecimento da medida, fez longa transcrição do decreto de prisão supracitado, especialmente dos trechos em que se enfatiza a gravidade do crime ocorrido, bem como seus pormenores que o tornaram ainda mais repugnante. O parecer também ressaltou o risco à segurança de alguns indivíduos envolvidos no caso, na hipótese de se conceder a liberdade do acusado, além de explicar a questão da periculosidade no seguinte ponto, utilizando o voto de um ministro do STJ:

*“(...) restando evidente das circunstâncias objetivas do fato-crime **a periculosidade do paciente, cuja conduta imputada – contratar, mediante promessa de recompensa, dois agentes que praticaram o homicídio – exige a sua constrição, em defesa da ordem pública**”⁵⁵ (grifo da PGR).*

Outro argumento relacionado no parecer é a importância de se manter a credibilidade do Judiciário e mais do que isso, das próprias instituições públicas, com base em precedente do próprio STF⁵⁶. Ainda é citado um habeas corpus, também julgado pela Suprema Corte, que legitimaria o não

⁵⁴ Pg. 592 do acórdão.

⁵⁵ Pg. 495 do acórdão.

⁵⁶ HC 80.717-8/SP. Rel. MIN. Ellen Gracie DJ 05.03.2004 – há no acórdão transcrição da decisão de 1º grau denegatória do habeas corpus. Muito ilustrativo é o seguinte fragmento: “A garantia da ordem pública não se resume em, tão-só, evitar a ocorrência de novos delitos. É também, principalmente, resguardar a credibilidade e a respeitabilidade das instituições públicas” (pgs. 712 e 713 do acórdão).

conhecimento da ação⁵⁷, e, por fim, frisa-se que a prisão preventiva não fere o princípio da presunção de inocência.

Ainda no voto do Ministro Gilmar Mendes houve menção ao HC 88.537/BA, ocasião em que ele foi relator e na qual estabeleceu três circunstâncias principais para a possibilidade de decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, considerando-as válidas:

- i) resguardo da integridade física do paciente;
- ii) impedir a reiteração de práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar;
- iii) assegurar a credibilidade das instituições públicas, principalmente do Poder Judiciário.

No referido precedente citado pelo Ministro, que teve parte de seu voto transcrito no presente habeas corpus, houve longas citações doutrinárias e de casos já julgados pelo STF⁵⁸, a fim de se comprovar a necessidade da medida cautelar em certos casos.

O Ministro Gilmar Mendes também discorreu a respeito da decisão do Tribunal do Júri, que mencionou que a liberdade dos acusados poderia causar o constrangimento de testemunhas, fato que foi utilizado pelo Ministro para fundamentar tanto a ordem pública como a instrução criminal. Ordem pública, na medida em que a prisão cautelar teria a finalidade de impedir a "reiteração

⁵⁷ Referência ao HC 82.156/RJ – citado sem muita propriedade no caso em questão, visto que esse habeas corpus não foi conhecido devido ao fato de não haver propriamente uma impugnação à decisão do STJ que indeferiu a medida, apenas uma argumentação questionando a decisão de 1ª instância, com a citação de voto vencido de ministro do STJ. Não é nenhum pouco parecida a situação que está em análise, pois parece ter havido uma concreta contestação à decisão da instância inferior, isto é, o STJ.

⁵⁸ HC 84.680/PA (1ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 15.04.05); HC 82.149/SC (1ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 13.12.2002); HC 82.684/SP (2ª Turma, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 1º.08.03); HC 80.717/SP (Plenário, maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 05.03.2004) e HC 83.157/MT (2ª Turma, unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 05.06.2006).

ou a consumação de novas práticas criminosas”⁵⁹, enquanto a instrução criminal estaria resguardada ao se evitar o constrangimento de testemunhas.

A fim de confirmar o seu posicionamento, o Ministro Gilmar Mendes citou o RHC 81.395/ TO (2ª Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.08.03), no qual também se entendeu válida a decretação de uma prisão preventiva com base tanto na garantia da ordem pública quanto na aplicação da lei penal.

No que tange à garantia da lei penal, o ministro também ressalta que a fuga (circunstância que se encontra no âmbito da aplicação da lei penal, conforme explicado na introdução) não pode ser o único fundamento da prisão que, dessa forma, padeceria de idoneidade⁶⁰.

Finalmente, o Ministro Gilmar Mendes ainda arrolou dois precedentes⁶¹ que, segundo suas próprias palavras, referiam-se “ao fato de a prisão preventiva constituir-se medida cautelar de natureza excepcional, destinada a coibir o *periculum libertatis*, em benefício da atividade estatal”⁶².

Após esse longo voto, que indeferiu o pedido e foi seguido pela maioria dos membros da 2ª Turma, o que ficou de concreto? Na minha análise, apenas que a prisão preventiva é uma medida excepcional, mas que parece poder ser aplicável ao caso, pela única razão de que o paciente pode vir a cometer algum ato indesejável no futuro: seja ameaçar as testemunhas existentes (instrução criminal prejudicada), seja cometer novos delitos (ordem pública comprometida). Isto é, está-se fazendo um exercício de futurologia, havendo

⁵⁹ Pg. 602 do acórdão.

⁶⁰ Para isso o Ministro Gilmar Mendes mencionou o HC 80.719 (2ª Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26.06.01), no qual o Ministro-relator afastou várias circunstâncias como aptas a, isoladamente, fundamentar um decreto de prisão preventiva. São elas: clamor público, possibilidade de fuga e preservação da credibilidade das instituições e da ordem pública.

Asseverou-se aqui que a prisão preventiva não pode servir de antecipadora da pena, daí a necessidade de ser bem fundamentada, respeitando-se sempre o princípio da não-culpabilidade.

⁶¹ HC 85.335/PA (2ª Turma, unânime, Rel. Min Gilmar Mendes, DJ de 11.11.2005) e HC 87.425/PE (1ª Turma, unânime, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 05.05.06).

⁶² Pg. 604 do acórdão.

uma dupla violação do princípio da presunção de inocência: considera-se o indivíduo culpado e se julga que ele irá delinquir novamente, daí a necessidade da medida cautelar, raciocínio esse que parece se configurar um claro julgamento antecipado da conduta praticada.

O Ministro Cezar Peluso, por sua vez, foi em sentido contrário ao do Ministro Gilmar Mendes, concedendo a ordem de habeas corpus, pois para ele nenhum dos fatos narrados constituiu fundamento legal suficiente para a decretação da prisão preventiva. Ele baseou seu voto em três questões centrais: a suposta necessidade de acautelar o prestígio e a credibilidade da Justiça, fato que, para ele, não corresponde a qualquer exigência legal⁶³, a ameaça a testemunhas a periculosidade dos acusados.

A ameaça a testemunhas se enquadra entre as hipóteses em que a conveniência da instrução criminal pode ser prejudicada, conforme o explicado na introdução. Todavia, ela também pode influir na ordem pública, conforme cogitou o próprio ministro. No caso em questão, porém, isso não foi levado em conta como argumento para a manutenção da prisão pelo Ministro Cezar Peluso, visto que para ele não se poderia inferir que o réu certamente ameaçaria alguma testemunha caso fosse colocado em liberdade.

Quanto à periculosidade, foi muito ilustrativo o trecho em que o ministro dispôs:

*“Quanto a outro fato invocado pela decisão de primeiro grau e que seria **a periculosidade dos acusados, também não há nenhum fato específico que a demonstre**. O juízo de periculosidade é, evidentemente, consequência de um juízo de culpabilidade. Ora, não se sabe ainda se de fato são culpados, porque não foram ainda submetidos a julgamento!”⁶⁴ (grifos meus).*

⁶³ Para tanto o ministro cita os seguintes casos: RHC 67.382-1/SP, HC 82.909-1/PR e HC 84.884-2/ES.

⁶⁴ Pg. 606 do acórdão.

É justamente esse o ponto crucial com o qual estou lidando aqui. Se não há fundamentação, não se pode decretar uma medida tão gravosa como a restrição de liberdade.

Por fim, o ministro alegou que o risco de fuga também não é motivo suficiente para justificar a prisão preventiva, segundo a própria jurisprudência do STF⁶⁵ levantada pelo Ministro, que foi voto vencido no acórdão.

3.5. HC 89.196-9 (DJ de 16.02.07)

Aderico Pereira foi acusado de praticar os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, com qualificadora de presunção de violência, já que a vítima era menor de catorze anos (arts. 213, 214 e 224, a, do Código Penal, na forma dos arts. 71 e 226, III, do mesmo diploma legal). A prisão preventiva foi decretada em 22 de outubro de 2003 e revogada em 08 de março de 2004, por excesso de prazo na formação da culpa. Entretanto, a prisão foi restabelecida graças a recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual junto ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

O decreto de prisão foi fundado na ordem pública pautada na gravidade do delito, em sua repercussão e no clamor social, circunstâncias consideradas insuficientes pelo impetrante do habeas corpus, que ainda aventou outros fatores para defender a desnecessidade da medida cautelar (condições favoráveis do paciente, o fato de a instrução criminal já ter se encerrado, o que não conferiria mais justificativa à prisão, falta dos outros pressupostos para a preventiva). Além disso, o decreto de prisão também estaria fundado na conveniência da instrução criminal, segundo o relatório do Ministro Ricardo Lewandowski.

⁶⁵ HC 85.519-9/PR (Rel. Min. Eros Grau) e HC 82.903-1/SP (Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

No voto do Ministro Ricardo Lewandowski, está contida uma definição doutrinária acerca do que seja a ordem pública, bem como trechos da decisão de 1º grau e do STJ. De tais trechos se pode inferir que não havia nada concreto que justificasse a necessidade de segregação do paciente, bem como dos demais acusados do crime; havia apenas o desejo de se amenizar a repercussão social causada pelo crime, considerado grave pela sociedade. Nesse sentido, as informações prestadas pela juíza da Comarca de Condeúba foram bem claras:

“O paciente e os demais acusados permaneceram na Comarca após a concessão de liberdade provisória sem praticar qualquer ato comprometedor à ordem pública e à instrução do processo”⁶⁶.

O Ministro Ricardo Lewandowski se mostrou favorável à concessão do habeas corpus, defendendo que a prisão preventiva não pode ser decretada apenas com base na suposta gravidade do crime. Para comprovar a idéia ele ainda citou dois casos já julgados pelo STF: HC 87.730/MT, no qual se falou que a gravidade do tipo ou do fato criminoso em concreto não podem ser considerados para a decretação de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, além de lembrar que existe firme jurisprudência do Tribunal que assegura que, em regra, com o fim da instrução criminal, não há que falar em sua conveniência para manter a medida cautelar; e o HC 87.577/MT, no qual se dispôs que considerações em abstrato acerca da magnitude do delito imputado aos pacientes não são suficientes para fundamentar a mesma hipótese de prisão preventiva.

O Ministro disse ainda que inexistia nos autos qualquer referência à eventual periculosidade do agente, de modo que não restou qualquer justificadora para a prisão, visto que um suposto risco de fuga também não seria válido como argumento⁶⁷.

⁶⁶ Pg. 360 do acórdão.

⁶⁷ O ministro citou um trecho do HC 87.425-8/PE, no qual se dispôs que a custódia cautelar não pode ter suporte na fuga do paciente.

A partir do exposto, creio que posso tirar algumas conclusões. O Ministro Ricardo Lewandowski não aceitou a gravidade do crime como fundamento da prisão preventiva. Segundo suas próprias palavras, “o impacto do crime e a repercussão social não me parecem suficientes para considerar ameaçada a ordem pública”⁶⁸, daí o deferimento da ordem de habeas corpus. Quanto à periculosidade, que é o foco deste trabalho, o Ministro não teceu grandes considerações a respeito, apenas afirmou que não havia nada que a comprovasse. Todavia, já se sabe, pelos acórdãos anteriormente analisados, que a periculosidade é aceita por ele como hipótese de prisão preventiva com base a garantia da ordem pública.

O Ministro Carlos Britto, entretanto, indeferiu o habeas, pois para ele a liberdade dos acusados estava gerando um risco muito grande para os cidadãos (os pacientes estavam aguardando o julgamento em liberdade), algo que o ministro tentou comprovar por meio de longo excerto da decisão da juíza de 1º grau que determinou a prisão preventiva dos acusados. A juíza defendeu a necessidade da prisão para garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal, pois a “liberdade deles representa alta probabilidade de virem a perturbar a tranqüilidade das vítimas”⁶⁹, além do fato que “a conveniência da instrução criminal evidencia a necessidade de coleta de provas não ser perturbada, impedindo a busca da verdade real”⁷⁰. Entretanto, a instrução criminal já estava consumada no momento do julgamento do habeas corpus pelo STF, de modo que o único fundamento que restou para a prisão foi a garantia da ordem pública, conforme dispôs o próprio Ministro Carlos Britto.

A partir dessas considerações o Ministro passou a defender a necessidade da medida cautelar, que serviria como instrumento de garantia da ordem pública. É possível identificar aí, no entanto, algo perceptível em quase todos os acórdãos lidos: a confusão entre as circunstâncias justificadoras de

⁶⁸ Pg. 363 do acórdão.

⁶⁹ Pg. 367 do acórdão.

⁷⁰ Pg. 368 do acórdão.

ameaça à ordem pública. Assim, em seu voto o ministro falou de segurança no meio social⁷¹, tentativa de se impedir que o acusado pratique novos delitos, garantia da incolumidade física das pessoas (possíveis novas vítimas do paciente), gravidade dos delitos (o que causaria uma grande repercussão social) e clamor público⁷². Ora, no meio de tudo isso, qual é o real fundamento da prisão? É difícil saber, pois quase todos os argumentos foram jogados nesta caixa indefinida que é a ordem pública.

Cabe ainda lembrar que quando se argumenta, como foi o caso, que deve se manter o indivíduo preso para que ele não faça novas vítimas, há uma dupla violação ao princípio da presunção de inocência. Se considera, em primeiro lugar, que a pessoa realmente cometeu o delito e deve ser presa por isso, em uma clara medida antecipatória da pena, já que não ocorreu o trânsito em julgado da sentença condenatória. Em segundo, porque se está julgando que esse indivíduo irá praticar novos crimes, isto é, está se tentando prever a sua conduta futura, sem quaisquer elementos para tanto.

Após o voto-vista do Ministro Carlos Britto, houve um debate entre os ministros, durante o qual os argumentos foram repetidos.

A Ministra Cármen Lúcia votou acompanhando o relator, apenas ressaltando que o horror do crime não pode ensejar a não aplicação das leis ao caso.

Finalmente, o Ministro Sepúlveda Pertence também acompanhou o relator, deferindo o habeas corpus. Ele alegou que elementos como gravidade do fato, menoridade das vítimas, clamor social e outros são insuficientes para fundamentar a prisão e "só evidenciam essa ânsia de pré-julgar ou de atender a repercussões midiáticas de fatos ainda não julgados"⁷³. Fora isso, ele atentou

⁷¹ Trechos do HC 83.157-5/MT (Rel. Min Marco Aurélio) e do HC 84.761-7/SC (Rel. Min. Eros Grau) são citados pelo ministro para comprovar seu argumento.

⁷² O Ministro Carlos Britto citou trecho do HC 82.149-9/SC (1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie), no qual se disse que o crime em questão era daqueles que podem causar tumulto e pânico.

⁷³ Pg. 380 do acórdão.

à confusão da fundamentação do decreto de prisão preventiva em primeiro grau.

Destarte, a 1ª Turma do STF concedeu o habeas corpus por maioria, vencido o Ministro Carlos Britto. No entanto, o que poderia parecer uma mudança de orientação dos ministros no tocante ao tema não o foi, pois esse caso estava pautado principalmente no argumento da gravidade do delito e não na periculosidade do agente, que até agora foi aceita pela maior parte dos ministros como fundamento idôneo da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, embora isso seja extremamente questionável, considerando ainda que muitas vezes essa alegada periculosidade se mostrou um tanto subjetiva e carente de contornos mais sólidos.

3.6. HC 87.194-1/SE (DJ de 06.10.06)

Nildo Macêdo da Silva foi denunciado em co-autoria com mais três pessoas pela prática de roubo qualificado e formação de quadrilha. O habeas corpus foi impetrado no STF contra decisão do STJ, que manteve a prisão preventiva do paciente com base em sua periculosidade e sua personalidade voltada para o crime, que transparecia na suposta prática de vários delitos. Conforme estava disposto no acórdão impugnado:

“A reiteração de condutas delituosas, ainda que se cuide de réu portador de bons antecedentes, é motivo suficiente para fundamentar o cárcere cautelar, como garantia da ordem pública”⁷⁴.

O acórdão ainda discutiu questão relativa ao excesso de prazo na instrução criminal⁷⁵, que não interessa aos fins deste trabalho.

⁷⁴ Pg. 627 do acórdão.

⁷⁵ São citados, inclusive, quatro precedentes a respeito: HC 81.905-PE, HC 85.611/DF, HC 80.380/SP e HC 81.616/CE.

O Ministro Joaquim Barbosa, relator do caso, afirmou que a garantia da ordem pública se consubstanciaria na periculosidade da quadrilha que o agente foi acusado de integrar, com base em informações das decisões das instâncias inferiores e do Ministério Público. Destarte, sustentou seu voto no sentido de sanar a intranqüilidade social que a liberdade do agente poderia causar. O interessante é que o trecho que o Ministro citou, referente à decisão do magistrado de primeiro grau, não dizia respeito à periculosidade, mas sim à gravidade da infração praticada, o que supostamente causaria essa intranqüilidade a que fez referência o ministro.

O Ministro Joaquim Barbosa ainda citou três precedentes para fundamentar a legitimidade da prisão preventiva em caso de periculosidade do agente: HC 83.277 (Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 26.09.03), RHC 81.516 (Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 11.04.03) e HC 82.179/BA (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 1º. 08.03).

Apenas consegui encontrar o inteiro teor do HC 82.179 no sítio eletrônico do STF. Esse acórdão aceitou como fundamentos da prisão preventiva a gravidade do crime e a periculosidade do agente. Todavia, o que se percebe é que os ministros entenderam que a periculosidade apenas pôde ser inferida a partir do modo como foi praticado o crime, sendo que a mera gravidade abstrata do crime ocorrido, por si só, não justificaria a medida cautelar. Isto é, devemos ter um crime "grave", com circunstâncias que choquem a sociedade, tais como modo de execução do delito, crueldade dos atos praticados etc. Então, a partir daí, ter-se-ia uma base suficiente que permitiria alegar a periculosidade do indivíduo e, juntamente com os outros fatores elencados, afirmar a necessidade da prisão.

Pelo que eu pude verificar nos acórdãos lidos, isso demonstra uma tendência extremamente comum quando da fundamentação de um decreto de prisão preventiva, seja pela autoridade que efetivamente a decretou, seja por uma instância julgadora que analisa o cabimento ou não da medida: na quase

totalidade dos casos, mais de um fundamento foi trazido à tona. Assim, justifica-se a prisão com base na garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e para garantir a aplicação da lei penal. Da mesma forma, quando se quer dizer que a prisão foi decretada com base na garantia da ordem pública, foi freqüente a alegação de mais de uma circunstância justificadora para tanto, tais como periculosidade, gravidade do delito, clamor público, entre outras.

O HC 81.516, por sua vez, foi decidido monocraticamente e já transitou em julgado (decidiu-se pelo não conhecimento da ação). Daí não haver acórdão nem emenda disponíveis. Já o HC 83.277 teve o pedido de liminar indeferido em 21 de julho de 2003⁷⁶. Nessa decisão não se fez qualquer menção à periculosidade, pelo menos no material com o qual pude ter contato. E, se o HC 81.516 não foi sequer conhecido, obviamente não temos aqui qualquer elocubração do Tribunal a respeito da periculosidade como fundamento para a manutenção da prisão preventiva, ao contrário do que disse o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto.

3.7. HC 84.981-4/ES (DJ de 22.04.05)

Edson Pavões de Medeiros foi preso em flagrante delito pela prática do crime de homicídio tentado (art. 121, §2º, II e IV, e 121, §2º, II e IV, c/c art. 14, II, do Código Penal) e teve seu pedido de liberdade provisória negado pelo indeferimento do habeas corpus impetrado no STJ, decisão contra a qual o paciente se voltou por meio da presente medida.

O relator para o caso, Ministro Carlos Velloso, elencou as circunstâncias e os motivos do crime, a partir de trechos da denúncia, tais como motivo torpe do crime, que "os delitos foram perpetrados mediante simulação"⁷⁷ e que "não

⁷⁶ Essas duas informações foram obtidas graças a uma solicitação por email no sítio do STF, em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaEmail/criarSolicitacaoEmail.asp>.

⁷⁷ Pg 173 do acórdão.

tiveram as vítimas oportunidades de esboçar defesa alguma⁷⁸. Além disso, o Ministro também transcreveu parte da decisão do STJ, que foi bem clara ao afirmar:

*"(...) a soltura do paciente acarreta risco iminente de lesão à ordem pública"*⁷⁹.

E, mais adiante:

*"Desta forma a gravidade dos delitos, **em tese**, praticados pelo paciente, bem como o seu **modus operandi**, até onde a estreita via do **mandamus** permite chegar, denotam, concretamente, indícios de sua **periculosidade**, suficientes à fundamentação da segregação cautelar"*⁸⁰ (grifos no original).

Aqui apareceu novamente algo para o qual eu já havia chamado a atenção anteriormente: é freqüente que se argumente que a periculosidade decorre da gravidade do delito, como se a pessoa dita "perigosa" apenas o fosse devido à suposta "gravidade" dos atos por ela praticados, desconsiderando outros fatores mais concretos, bem como uma análise mais aprofundada das características do agente.

Isso porque, independentemente de se considerar a periculosidade uma justificativa válida para esse tipo de medida cautelar, a necessidade de fundamentação da decisão é imprescindível em qualquer caso. Isto é, se se quer segregar um indivíduo porque ele demonstra traços de periculosidade, é essencial que, em primeiro lugar, se mostre, concretamente, essa periculosidade. E isso, pelo que pude demonstrar até agora, não foi cumprido com rigor pelo Judiciário brasileiro, em especial o STF⁸¹.

⁷⁸ Pg 173 do acórdão

⁷⁹ Pg 174 do acórdão.

⁸⁰ Pg 174 do acórdão.

⁸¹ O STF, assim, chancelou essas decisões de primeiro grau, que entenderam que a periculosidade decorre da gravidade do crime e de seu *modus operandi*.

No presente acórdão, o Ministro Carlos Velloso aceitou o entendimento do STJ de que, no caso, a periculosidade decorreria da gravidade do crime, ao afirmar que “se essa periculosidade alia-se à gravidade e violência do crime, tenho como perfeitamente justificada a prisão, que ocorreu em razão do flagrante”⁸². O Ministro ainda citou precedente⁸³ nesse sentido, a fim de dar maior solidez ao seu voto.

Os outros ministros também aceitaram os argumentos, de forma que a 2ª turma, por votação unânime, denegou o habeas corpus.

3.8 RHC 85.112-6/SC (DJ de 05.08.05)

Paulo Roberto Ponath foi denunciado, acusado de participar de organização criminosa oriunda de Joinville e cujas atividades consistiam no furto de caixas eletrônicos por todo o país, bem como na ocultação dos ativos auferidos nas subtrações. Sua prisão preventiva foi decretada principalmente para se evitar a continuidade de práticas ilícitas, já que o risco de reiteração delitiva seria enorme, dadas as circunstâncias existentes. O presente habeas corpus teve a finalidade, portanto, de impugnar a decisão do STJ que manteve a segregação cautelar do agente.

O Ministro Joaquim Barbosa, relator do caso, novamente se utilizou da argumentação contida nas outras etapas do processo (decretação da prisão, julgamento de recurso, decisão do STJ a respeito) para concordar com a afirmação de que havia um risco para a ordem pública, na medida em que havia a possibilidade de o indivíduo voltar a delinquir, fato esse que também foi fundamento para se alegar sua periculosidade.

⁸² Pg. 177 do acórdão.

⁸³ RHC 67.261-2/SP (Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ de 14.04.89).

Além disso, outro fato que chamou a atenção no caso foi o fato de o indivíduo ser membro de organização criminosa. Conforme disse o relator em seu voto:

“Com efeito, ao contrário do que se alega na petição inicial, existem nos autos **elementos concretos**, e não meras conjecturas, que apontam o **paciente como importante integrante da organização criminosa em comento**”⁸⁴ (grifos meus).

Mas será que a circunstância de alguém ser membro de uma organização criminosa é suficiente para justificar sua prisão com base na garantia da ordem pública, por mais que isso esteja comprovado a partir de elementos concretos, conforme afirmou o ministro? Isso é algo no mínimo questionável e deveria merecer uma reflexão um pouco maior pela Suprema Corte de nosso país.

Dois precedentes⁸⁵ ainda foram aventados pelo Ministro Joaquim Barbosa, a fim de mostrar que o STF aceita a reiteração criminosa e a periculosidade do agente como fundamentos da prisão cautelar.

Todavia, ao final de seu voto, está presente a seguinte conclusão do Ministro: “Concluo, portanto, que a manutenção da prisão cautelar do paciente é necessária, como forma de ao menos dificultar a atuação da organização criminosa”⁸⁶. Essa fala revelou que, no fundo, a segregação do indivíduo deveria se dar por um motivo de controle: as organizações criminosas existentes estão fora do controle do Estado, logo, o Judiciário apareceria como uma alternativa para, se não ser a solução, pelo menos para amenizar esse problema, por meio da retirada desses indivíduos do meio social, o que de outro modo não poderia ser feito antes da condenação. O importante para ele

⁸⁴ Pg 319 do acórdão.

⁸⁵ HC 82.684/SP (Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 1º.08.03) e HC 72.865/SP (Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 09.08.96).

⁸⁶ Pg. 320 do acórdão.

é que o indivíduo continue preso para dificultar as atividades da organização criminosa e, assim, tentar conferir um pouco mais de tranquilidade à comunidade. Se isso é ou não função do Judiciário fica difícil responder, ainda mais quando o problema envolve direitos fundamentais, qual seja, a liberdade de ir e vir. Mas certamente não se pode fechar os olhos a essa atuação de nossos Tribunais, independentemente de a considerarmos recomendável ou não.

Os outros ministros da 2ª Turma acompanharam o Ministro-relator e o habeas corpus foi indeferido por unanimidade.

3.9. RHC 84.847-8/SP (DJ de 03.06.05)

Esse recurso ordinário em habeas corpus foi interposto em favor de Luis Carlos Costa Matiusi e Daniel Tcmazin Matiusi Junior, denunciados e presos preventivamente pela prática dos delitos tipificados nos arts. 12, §2º, II e 14, da Lei 6.368/1976 (que trata de tráfico ilícito de entorpecentes), c/c o art. 69 do Código Penal.

O relator para o caso novamente foi o Ministro Joaquim Barbosa, que conheceu do recurso ordinário e afastou a argumentação dos recorrentes de que a segregação cautelar não foi devidamente fundamentada. Para o Ministro a necessidade de resguardo da ordem pública era patente no caso em questão, em razão da possibilidade de reiteração delituosa pelos recorrentes. Em sua argumentação o ministro atentou para o fato de que se estava diante de uma organização de traficantes e que era preciso "resguardar a ordem pública desse tipo de associação criminosa, tentando-se ao máximo fazer cessar suas operações"⁸⁷.

⁸⁷ Pg. 372 do acórdão.

Isso nos remete ao caso anterior, no qual o Ministro Joaquim Barbosa também se mostrou preocupado em manter um indivíduo preso para tentar prejudicar as atividades de uma organização criminosa, além de igualmente mencionar o risco de reiteração dos delitos, da gravidade do delito e da periculosidade dos agentes.

Ele não aceitou o risco de fuga como fundamento, ao falar que “assiste razão aos recorrentes quanto ao argumento de que não se encontram foragidos, de modo que desnecessária a segregação no que se refere à garantia da aplicação da lei penal”⁸⁸. Todavia, ele acreditava que a prisão preventiva deveria ser mantida devido à gravidade do delito que, somada à periculosidade dos recorrentes, configuraria fundamento suficiente para a medida cautelar. Entretanto, o Ministro disse claramente que só a gravidade do delito não bastava para a decretação da segregação, confirmando assim uma espécie de “tendência” do STF, de acordo com o que eu pude demonstrar da análise dos acórdãos anteriores. Isto é, a periculosidade, por si só, pode ser trazida como fundamento para a prisão preventiva (embora geralmente ela esteja associada a outras circunstâncias); a gravidade do delito, não.

Ao final de seu voto, que foi aceito por todos os ministros da 2ª Turma, o que resultou no indeferimento do habeas corpus por unanimidade, o Ministro Joaquim Barbosa ainda trouxe dois casos julgados pelo STF no sentido de que o perigo da reiteração criminosa e a periculosidade do agente são fundamentos legitimadores da prisão cautelar⁸⁹.

3.10. HC 84.658-1/PE (DJ de 03.06.05)

Esse acórdão é muito semelhante aos dois últimos aqui analisados. Teresinha Medeiros de Souza foi acusada de integrar uma quadrilha de tráfico

⁸⁸ Pg. 372 do acórdão.

⁸⁹ HC 82.684 (Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 1º.08.03) e HC 72.865 (Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 09.08.96).

internacional de órgãos, cujo líder era de nacionalidade israelense, com ligações também com a África do Sul. Ela foi denunciada e presa sob a acusação de praticar os delitos descritos nos arts. 14, §2º, III e 15, *caput*, da Lei 9.434/1997 (relativos à remoção e ao tráfico de órgãos), c/c o art. 288 do Código Penal (formação de quadrilha ou bando).

O Ministro Joaquim Barbosa, que também foi o relator deste caso, afirmou que estavam presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva (prova de existência do crime e indício suficiente de autoria), segundo trecho por ele transcrito, em seu voto, do decreto de prisão que, todavia, não foi muito explicativo.

Quanto aos requisitos da medida, havia dois elencados e explicados pelo ministro: a garantia de aplicação da lei penal e a garantia da ordem pública. A primeira se relacionava à possibilidade de fuga da paciente, pelo fato de a quadrilha da qual ela era integrante manter relações com outros países, sendo ela um dos seus principais membros na época. Já a garantia da ordem pública se consubstanciaria nas circunstâncias de se evitar a reiteração delitiva e em virtude da periculosidade da paciente. No entanto, em nenhum momento do acórdão, nem no que foi apresentado da decisão de primeiro grau, houve a preocupação de se justificar essa alegada periculosidade. Não houve excerto do decreto de prisão, nem de decisões de instâncias inferiores que ao menos tentassem dar um maior aspecto concreto a esse elemento. Pelo contrário, a ementa do acórdão questionado, do STJ, foi sucinta e também confusa. Com relação à garantia da ordem pública, aparece:

*"(...) não há falar em ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva, restando evidenciada a sua necessidade como forma de garantia da ordem pública, em face da **flagrante ofensa da dignidade da pessoa humana**, bem como para impedir o cometimento de novos crimes"*⁹⁰ (grifos meus).

⁹⁰ Pg. 356 do acórdão.

O que significa essa “flagrante ofensa da dignidade da pessoa humana” e o que ela tinha a ver com a ordem pública fica difícil saber, ao menos segundo a ementa que foi transcrita no voto do Ministro Joaquim Barbosa.

Por fim, o ministro trouxe dois precedentes⁹¹ que, segundo ele, apontavam no sentido de que a periculosidade do agente, o risco de reiteração criminosa e a evasão do distrito de culpa seriam suficientes para a manutenção da prisão cautelar. Assim, denegou-se a ordem, por decisão unânime da 2ª Turma, novamente.

⁹¹ HC 72.685/SP (Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 09.08.06), já citado no último acórdão aqui analisado e HC 69.876/RJ (Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.12.92).

4. Conclusão

Ao longo deste trabalho procurei delinear o modo como o STF lida com os casos de prisão preventiva decretados com base na garantia da ordem pública, mais especificamente, aqueles em que o fundamento dessa medida cautelar foi a periculosidade do agente.

Um ponto a ser ressaltado são os dados quantitativos obtidos. Dos dez acórdãos analisados, nove foram pelo indeferimento do pedido de habeas corpus, de modo favorável à manutenção da prisão preventiva com base na periculosidade do agente, o que nos levaria a concluir, em um primeiro momento, que o STF aceita essa periculosidade como causa válida para a decretação da prisão preventiva. Além disso, o único acórdão que foi deferido (rechaçando a prisão, portanto) não tinha a periculosidade como principal fundamento, mas sim a gravidade do delito.

Todavia, não podemos nos esquecer dos votos vencidos presentes nos acórdãos, tendo em vista que não há posicionamento solidificado acerca do tema, que é controverso, sendo que a maior parte das ações judiciais surgiu nos últimos anos. Isto é, se de um lado obtivemos um “placar” no qual 90% dos habeas corpus foram indeferidos, talvez seja precipitado demais afirmar que o STF aceita de forma absoluta o argumento da periculosidade como fundamento da prisão preventiva, ainda mais se considerarmos as idéias contidas nos votos vencidos, ou seja, que a prisão preventiva nessas situações parece se configurar como uma antecipação de pena e não como uma medida cautelar propriamente dita. Essa foi uma das hipóteses que eu tinha no início do trabalho⁹², idéia essa à qual acabei aderindo após ler os argumentos de ambos os lados nos acórdãos analisados.

Quanto à análise qualitativa, muitas conclusões interessantes foram obtidas. A primeira delas foi a falta de fundamentação dos ministros para o

⁹² Vide introdução e metodologia.

indeferimento do pedido, pois em vários acórdãos apenas se afirmou que determinado indivíduo era perigoso com base em boatos ou em supostos crimes cometidos anteriormente, mas sobre os quais não recaiu qualquer condenação. E, conforme procurei deixar claro, quando se diz que determinada pessoa deve ficar presa para que ela não faça novas vítimas, estamos diante de uma dupla violação do princípio da presunção de inocência. Uma vez violado, porque se está antecipando a pena do suposto delito cometido, visto que não ocorreu o trânsito em julgado da sentença penal condenatória porque, como o próprio nome diz, a prisão é *preventiva*, enquadrando-se no âmbito processual, e não decorrente de sentença. Já a segunda violação ao princípio reside no fato de se julgar que aquele indivíduo irá cometer novos crimes devido ao seu caráter “perigoso”, em uma clara previsão de sua conduta futura sem uma justificativa legal satisfatória.

Também foi possível notar uma certa “tendência” de cada ministro de decidir de determinada forma, embora haja algumas exceções. O Ministro Joaquim Barbosa, por exemplo, nos três acórdãos em que foi relator decidiu pela não concessão do habeas corpus, utilizando-se de argumentos semelhantes em cada um deles. O mesmo pode ser dito com relação ao Ministro Ricardo Lewandowski. Isso porque, apesar de o número de acórdãos analisados ter sido pequeno, conseguiu abranger totalmente o objeto de meus estudos, dentro do espaço temporal delimitado.

Outro aspecto recorrente foi a confusão entre as hipóteses caracterizadoras da ordem pública (periculosidade, gravidade do crime, clamor público, etc), o que me pareceu ser uma tentativa dos ministros de robustecer sua posição. Assim, quer-se provar que a prisão não deve ser mantida apenas porque a pessoa é perigosa, mas também porque ela cometeu um delito grave, porque isso afetou o clamor público, dentre outros fatores. Destarte, a junção de inúmeras circunstâncias que possam integrar esse conceito tão vago que é a ordem pública parece dar a impressão de maior fundamentação da prisão preventiva. Da mesma maneira, pude notar a utilização de mais de um

fundamento para a prisão preventiva (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, garantia de aplicação da lei penal), o que me pareceu ter a mesma finalidade acima explicada.

Finalmente, julgo ser necessário atentar para a questão da constitucionalidade do art.312 do Código de Processo Penal, mesmo não tendo sido o assunto central deste trabalho, mas apenas indiretamente abordado. Isso porque a manutenção de um termo tão vago como "ordem pública" em um diploma legal é no mínimo questionável nos dias de hoje, pois dessa forma a "ordem pública" passa a servir de justificativa para as medidas cautelares que de outro modo não viriam à tona.

5. Bibliografia

- Almeida, Gabriel Bertin de. "Afimial, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais (nº 44 – ano 11 – julho-setembro de 2003).
- Ferraz, Léslie Shérída. "Prisão preventiva e direitos e garantias individuais", tese de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 12 de novembro de 2003.
- Gomes Filho, Antonio Magalhães. "Presunção de inocência e prisão cautelar". Saraiva, 1991.
- Mirabete, Julio Fabbrini. "Processo Penal". 18ª edição. São Paulo. Editora Atlas S.A – 2007.
- Pitombo, Sérgio. "Prisão preventiva em sentido estrito", artigo encontrado em www.sergiopitombo.nom.br.
- Scarance Fernandes, Antonio. "Processo Penal Constitucional". 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- Zaffaroni, Eugenio Raul. "O inimigo no direito penal". Rio de Janeiro, Revan, 2007.