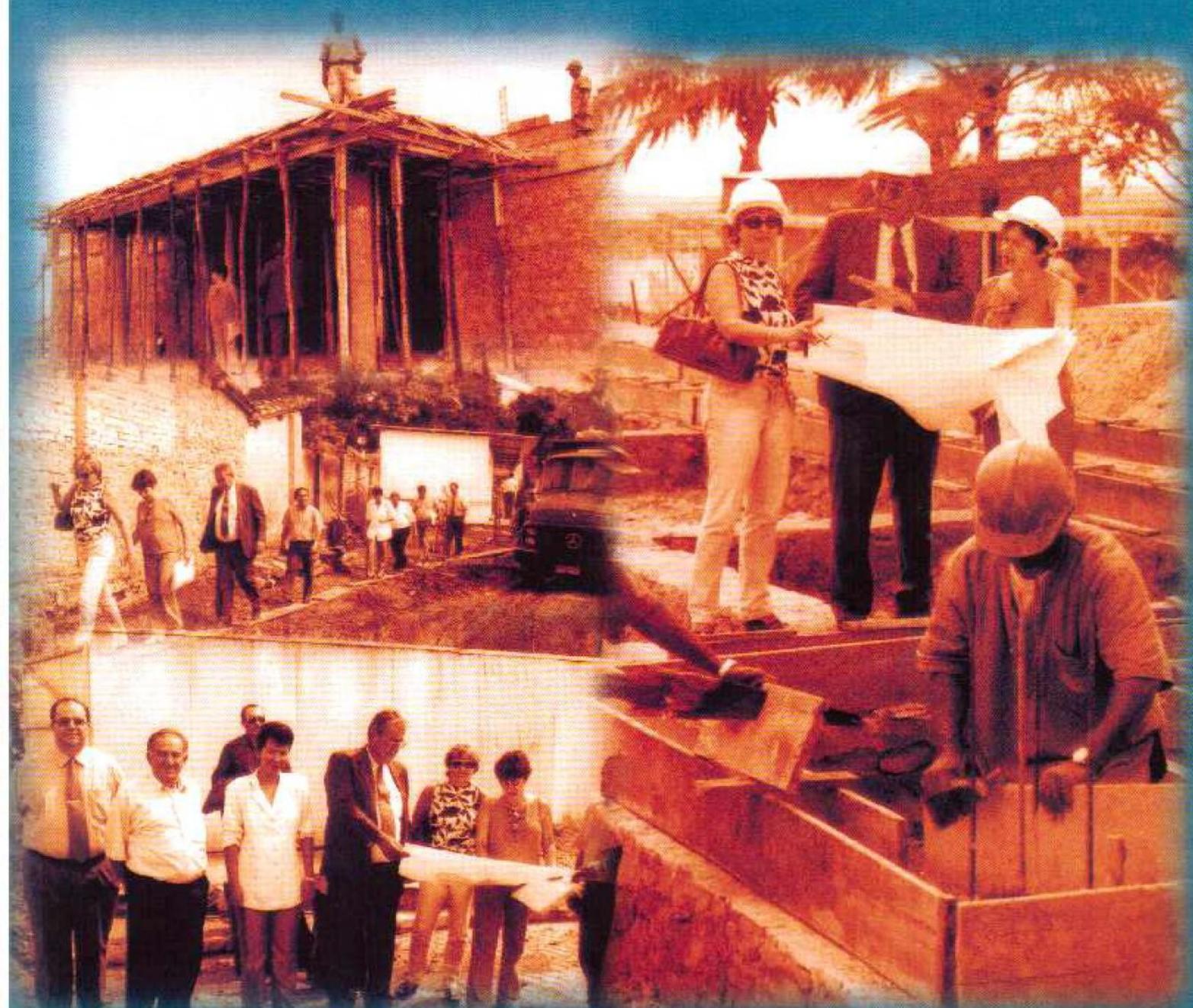


JUDICIARIUM

Órgão de Divulgação do Poder Judiciário do Estado de Sergipe * Ano VI * Maio * 2002 67



Sergipe

ganha novos fóruns

Da prisão penal e da prisão processual

por:

Jorge André de Carvalho Mendonça

Defensor Público da Defensoria Criminal de Estância/SE

Distingue a doutrina pátria, com muita propriedade, a prisão penal da processual. A primeira é aquela que decorre de sentença penal condenatória com trânsito em julgado. É a regra. A segunda é a decretada no curso do processo, antes do seu julgamento. Deve ser utilizada apenas como exceção, como medida de cautela, em casos de extrema necessidade. Somente tal assertiva se compatibiliza com o preceituado no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", e inciso LXVI, do mesmo art. 5º, que expõe que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança".

A custódia processual está regulada no Diploma Penal de Ritos. Ali estão previstas várias espécies de prisão provisória: flagrante delito; temporária; preventiva *strictu sensu*; decorrente de sentença de pronúncia; proveniente de sentença penal condenatória. Com relação às duas últimas, embora a doutrina afirme que só possam ser decretadas em casos de necessidade cautelar, quando efetivamente presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, a jurisprudência, principalmente dos Tribunais Superiores, vacila quanto à matéria. Ora se pronunciam no sentido de admiti-las ainda que ausentes os requisitos da prisão preventiva. Ora concedem a liberdade provisória naqueles casos, o que, ao meu ver, é mais consentâneo com a *ratio* do instituto, além de se harmonizar com uma interpretação sistemática da Constituição Federal, máxime do seu art. 5º como um todo.

Não há divergência, contudo, na possibilidade de submeter-se o réu ao cárcere processual quando presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312 e 313, ambos do CPP). E nos termos do art. 321, também do CPP, ele só poderá se livrar solto se a pena máxima cominada ao delito que lhe está sendo atribuído não exceder a 03 (três) meses.

Em outro diapasão, todavia, o Estatuto Repressivo, no seu art. 44, I, com redação dada pela Lei 9.174/98, prevê o direito do condenado à substituição de pena, quando não for ela superior a quatro anos e o crime não tiver sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. É certo que os incisos II e III, do citado art. 44 exigem, para a concessão do benefício, que o réu não seja reincidente em crime doloso, bem como que circunstâncias idênticas às judiciais do art. 59, do CP, lhes sejam favoráveis. Ainda assim, verifica-se na prática forense que a substituição será a regra, eis que as pessoas que cometem infrações abrangidas pelo limite legal geralmente atendem a todas as exigências ora referidas.

Evoluiu o Direito Penal. De forma muito coerente com a realidade social, bem como atento à falência do sistema penitenciário brasileiro, o legislador teve o intuito de diminuir o número de pessoas recolhidas nos diversos presídios do País. Não fazia sentido manter indivíduos que cometessem infrações penais leves, com criminosos de alta periculosidade, numa verdadeira escola do crime e, além de tudo, numa situação de total desrespeito aos direitos

humanos, em face da superlotação carcerária.

No entanto, apesar da proveitosa modificação efetuada no Código Penal, o próprio legislador esqueceu-se de alterar também o Código de Processo Penal, no que tange à prisão provisória relacionada aos mesmos delitos leves. De acordo com o ordenamento jurídico vigente, o acusado poderá permanecer preso durante todo o processo, se presentes os requisitos da prisão preventiva, mas, ao final, depois de condenado, terá direito a ficar em liberdade, ante a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Em outras palavras: ficará preso enquanto considerado inocente, mas será solto depois considerado culpado. Pura incoerência.

Continua a se permitir que os acusados sejam recolhidos provisoriamente, ainda que respondam a processos por ditas infrações leves. Com isso, o legislador obsta seu próprio objetivo, pois nem reduz de modo significativo a quantidade de presos, nem limita o cárcere para os grandes criminosos. E mais: trata de forma pior aqueles que se encontram em melhor situação.

Um exemplo elucidará o que na prática pode acontecer: imagine-se um sujeito que cometa um crime de furto simples. Há indícios suficientes da autoria. Também há prova da materialidade do ilícito. Por pura ignorância, resolveu ele esconder-se na casa de um vizinho, com medo de ser gravemente punido por infração penal tão leve. O juiz está autorizado, nesse caso, a decretar-lhe a prisão preventiva. Tal indivíduo permanecerá algum tempo preso, junto com assassinos, estupradores, autores de latrocínio, etc. Tudo isso, para, no momento da sentença, ter a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos.

Ora, se provavelmente o acusado não será segregado, ainda que condenado, por que prendê-lo durante o curso do processo? Numa análise restrita do direito vigente, repita-se, isso é possível.

É verdade que a Lei dos Juizados Especiais Criminais ameniza um pouco a incongruência, ao prever no art. 69, parágrafo único, que "ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança" (frise-se que, neste ponto, o dispositivo não foi alterado pela Lei 10.455/02, que apenas lhe introduziu um acréscimo na redação). Também é certo que tal regra, agora, deve ser aplicada a todas as infrações penais cuja pena máxima não supere dois anos, em face da Lei 10.259/01, que ampliou o rol das ilícitos penais de menor potencial ofensivo, segundo o ensinamento da melhor doutrina. Mas, ainda assim, tal situação não se encontra em caráter de equivalência com a permissão de substituição de pena. É que o art. 44, I, do CP, trata de pena em concreto não superior a quatro anos, enquanto a aludida Lei dos Juizados Especiais Criminais refere-se apenas à pena máxima em abstrato não superior a dois anos, hipótese muito menos benéfica.

Diante de tudo isso, é necessária uma urgente modificação da legislação processual penal vigente, de modo que a prisão provisória somente possa ser decretada ou mantida para os casos de ilícitos penais mais graves, em hipóteses que não seriam abraçadas pelo art. 44, do Estatuto Repressivo, quando do julgamento definitivo do caso. ■