

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.4

TUTELA DA LIBERDADE PESSOAL E EXIGÊNCIAS PROCESSUAIS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA*

GIULIO ILLUMINATI**

1. A primeira decisão da Corte Constitucional em matéria de liberdade pessoal é a n. 2 de 1956, há pouco mais de quarenta anos: dizia respeito ao art. 157 do texto único das leis de segurança pública, e declarou ilegítima a repatriação por transferência porque era disposto pela polícia sem a intervenção do juiz. É significativo que uma das primeiras sentenças pronunciadas pela Corte no ano da sua instalação tenha se referido justamente ao art. 13 da Constituição (a n.1 de 1956, com a qual o juiz tinha estreado, referia-se ao art. 21 da Constituição, a liberdade de manifestação de pensamento): a liberdade individual é a primeira das liberdades invioláveis e pressupostos de todas as outras, também, justamente por que inviolável, direito “reconhecido” e “garantido” ex art. 2.º da Constituição, e portanto posto na base do ordenamento.

Era inevitável que um dos pontos de maior atrito com a legislação pré-vigente, herdado do fascismo, acontecesse justamente acerca da inviolabilidade da

liberdade pessoal: a entrada em vigor da Constituição de 1948 tinha invertido o equilíbrio precedente das relações entre Estado e cidadão, entre autoridade e indivíduo, graças à impositação prevalente marcadamente personalística de garantia das situações subjetivas, contra a ideologia do sistema que negava a própria existência de um conflito, porque os direitos individuais tinham de encontrar a síntese no interesse geral. Aliás, como disse alguém, na Constituição, há talvez um excesso de especificação das liberdades, juntamente como reação ao ordenamento fascista.

Na Sentença 2 de 1956, a Corte Constitucional enfatizou duas escolhas fundamentais, em parte antecipadas pela Sentença 1 de 1956: que as leis anteriores à Constituição estão sujeitas ao exame de legitimidade e, em segundo lugar, que a inconstitucionalidade pode ser deduzida das normas da Constituição definidas como “programáticas”. De fato, antes da instalação da Corte Constitucional, o controle de legitimidade era feito pela *Corte de Cassação*, que distinguia entre normas preceptivas, imediatamente executivas, e normas programáticas, que se limitavam a fornecer diretrizes ao futuro legislador. A Corte Constitucional desentulhou imediatamente o campo desses limites, que teriam paralisado a sua função de controle de legitimidade. Em

(*) *Texto revisto de um relatório apresentado em ocasião do Congresso Nacional “Constituição, Direito e Processo Penal: os quarenta anos da Corte Constitucional” (Macerata, 1997).*

(**) Tradução: Renato Ambrósio. Revisão Maurício Zanoide de Moraes

particular, ocupando-se pela primeira vez do art. 13 da Constituição, excluiu categoricamente que se tratasse de uma “norma programática ou de aplicação não imediata”. Em suma: a distinção entre normas preceptivas e programáticas é irrelevante para os fins de juízo de legitimidade; em todo o caso, o art. 13 da Constituição não é norma programática.

Esta disposição, todavia, “não deve ser entendida como garantia de indiscriminada e ilimitada liberdade de conduta do cidadão”, tanto é verdade que o próprio art. 13 indica as limitações legítimas da liberdade pessoal.

A Sentença 2 de 1956, junto com aquela sucessiva, a n. 11 de 1956, sobre admoestação do *questor* (tratava-se sempre do texto único de segurança pública, e em particular das “medidas públicas de prevenção”, aquelas que depois tornaram-se as medidas de prevenção), dá início a um diálogo entre a Corte Constitucional e o legislador que ter-se-ia prolongado no curso dos anos, e que seguramente está na base de algumas escolhas fundamentais também do novo Código de Processo Penal em tema de liberdade pessoal do imputado. É de fato do fim de 1956 a nova lei sobre as medidas de prevenção (Lei 1.423, de 27.12.1956) que, várias vezes levada diante da Corte, sempre foi substancialmente salva. Em uma pronúncia de 1960 (a Sentença 45) sobre a repatriação com o *foglio de via* obrigatório, reconhecia-se expressamente que o legislador de 1956 se movera segundo as diretrizes da Corte Constitucional, e que o *foglio de via* não se colocava em conflito com a Sentença 1956, não configurando uma restrição da liberdade pessoal. A n. 45 de 1960 foi expressamente citada pela recente Sentença 210 de 1995, ao excluir, mais uma vez, a inconstitucionalidade da repatriação obrigatória.

Como é evidente, até este ponto não estamos ainda no tema específico das

cautelais processuais, mas, no máximo, no âmbito do procedimento de prevenção. A incursão nesse setor fornece todavia a oportunidade para mencionar um problema clássico em matéria de liberdade pessoal, que é aquele de definir a sua própria noção, em particular distingui-la das outras liberdades constitucionais como, por exemplo, da liberdade de circulação e da de residir em país estrangeiro, como também da liberdade moral.

Sem a pretensão de um tratamento completo, podemos constatar que a Corte Constitucional teve um comportamento não completamente unívoco na identificação do conceito. Passa-se de decisões que forneceram uma definição bastante vaga da liberdade pessoal (por exemplo, a já citada sentença n. 11 de 1956 fazia referência ao “estado de degradação jurídica” que é causado ao sujeito pelo conjunto de obrigações e situações decorrentes da admoestação do *questor*) àquelas que adotam uma noção extremamente larga, afirmando que a inviolabilidade tutela não só pela coerção física mas também pela diminuição da liberdade moral (assim a sentença n. 30 de 1962, ao distinguir os sinais indicadores somente exteriores daqueles que comportam inspeção pessoal). Até mesmo, em uma sentença, talvez um pouco extravagante, em tema de autorização para proceder (a sentença n. 9 de 1970), afirmava-se que a liberdade pessoal é violada sempre que for imposta uma obrigação de fazer ou de não fazer: assim atribui-se ao conceito uma expansão realmente excessiva.

Outras decisões, ao contrário, referem-se a uma noção exclusivamente física, isto é, as liberdades da pessoa em sentido restrito como exemplificadas pelo segundo parágrafo do art. 13 da Constituição: liberdade da detenção, da inspeção, da perquirição (assim a mencionada sentença n. 45 de 1960, sobre a ordem de repatriação com *foglio de via*). Sempre a

propósito da ordem de repatriação, a sentença n. 68 de 1964 procura delimitar melhor o conceito de “degradação jurídica” surgido da sentença n. 11 de 1956: tem-se degradação jurídica quando se está em uma situação de total sujeição ao poder alheio, na qual se concretiza a violação do princípio do *habeas corpus* (é freqüente e torna-se logo transferido à referência às garantias do *habeas corpus*, porém sem maiores especificações).

Ainda recentemente, justamente essa última sentença foi mencionada pela sentença n. 419 de 1994, a qual considerou a estadia cautelar — como previsto, até 1995, pela legislação antimáfia — uma medida com conteúdo aflitivo capaz de determinar uma diminuição da dignidade da pessoa, e por isso suscetível de ser incluída na previsão do art. 13, Constituição. Por outro lado, a já citada sentença n. 210 de 1995, ao afirmar que a repatriação não contrasta com o art. 13, Constituição, refere-se à liberdade da pessoa em sentido restrito, distinguindo a tutela do art. 13 daquela do art. 16, Constituição (liberdade de circulação).

Em suma, dir-se-ia que a Corte escolheu enfrentar caso a caso as situações submetidas a seu exame, mesmo reivindicando sempre a continuidade com os precedentes (esta é uma constante na sua jurisprudência, também quando o reconhecimento de tal continuidade parece bastante forçado). Mas talvez seja difícil explicar uma noção geral de liberdade pessoal que se abstraia do caso concreto: mais que um critério qualitativo, então, a Corte adota prevalentemente um critério quantitativo, baseado na intensidade da diminuição.

2. O problema da individualização do conceito de liberdade pessoal poderia parecer irrelevante quando se fala de medidas cautelares processuais coercitivas, para as quais se tende a considerar pacífico que se trata sempre de restrições

da liberdade pessoal. Existem todavia zonas de fronteira: em uma recente decisão (sentença n. 109 de 1994), por exemplo, a Corte pronunciou-se sobre a proibição de residir no exterior, declarando constitucionalmente legítimo o art. 281, § 2.º, *bis*, CPP, na parte em que previa a sua automática aplicação como medida acessória a qualquer outra medida coercitiva, pela violação dos arts. 3, 13 e 16, Constituição. A Corte considerou ponto pacífico que a proibição de residir no exterior representa uma restrição da liberdade pessoal, citando a jurisprudência da *Corte de Cassação* que admite o recurso *ex art.* 111 contra as medidas nessa matéria. A conclusão deve-se compartilhar, e tinha sido no passado também patrocinada por respeitável doutrina, mas não parece assim óbvia a ponto de prescindir de uma específica demonstração, ainda mais que por muito tempo a *Corte de Cassação* tinha continuado a negar que as medidas em matéria de *nihil obstat* para o passaporte fossem recorríveis.

Voltando às interações entre Corte Constitucional e legislador, deve ser lembrado que em 1956, ano da instalação da Corte, o processo penal tinha acabado de ser reformado com a nova norma de 1955, que tinha eliminado os mais evidentes contrastes com a Constituição. O impacto dos novos princípios constitucionais sobre o código de 1930 era portanto atenuado, tanto que não foi notada a exigência de levantar imediatamente um número relevante de questões de legitimidade. Em particular, para encontrar uma sentença significativa a respeito daquela que então chamava-se — como ainda resulta do art. 13, último parágrafo, Constituição — prisão preventiva, é necessário esperar até 1970: a sentença histórica n. 64 de 1970.

Na doutrina, na época, estava aberto o debate sobre as finalidades da custódia preventiva (hoje, custódia cautelar): quais

seriam as finalidades que legitimamente se poderia perseguir mediante a restrição da liberdade pessoal do réu no curso do processo, e quais, conseqüentemente, deveriam ser os pressupostos legais das medidas; seria suficiente a conexão com funções cautelares não especificadas ou se seria necessária a indicação taxativa do tipo de exigências a serem satisfeitas. A Corte Constitucional, todavia, nunca tomou posição de maneira inequívoca, nem com a sentença de 1970, nem naquelas sucessivas, limitando-se no máximo a seguir as escolhas do legislador.

A individualização das finalidades tem uma importância decisiva, porque delimita o âmbito das aplicações das medidas. É necessário lembrar que antes da Lei 532, de 1982 – a assim chamada lei sobre o tribunal da liberdade – o código não indicava as exigências cautelares a serem postas na base da medida restritiva. Em 1972 tinha caído a proibição de liberdade provisória no caso de obrigatoriedade da captura; em 1975 tinham sido enunciados os critérios para a concessão ou a recusa da liberdade provisória (a exigência de razões processuais ou de um perigo para as exigências de tutela da coletividade); mas no sistema originário do código, também depois da reforma de 1955, faltava qualquer especificação dos pressupostos da captura, exceção feita para a existência de suficientes indícios de culpa do imputado, e para uma indicação subsidiária, absolutamente inconsistente, que fazia referência às qualidades morais (e sociais, como acrescentava o inciso abolido em 1955) da pessoa. Se considerarmos que um grande número de crimes estava sujeito ao regime de captura obrigatória, pelo qual o juiz, quando tivesse encontrado a existência de indícios suficientes, para as imputações mais graves era obrigado a emitir a medida restritiva; e que para os casos de captura discricionária ou facultativa, o único critério de avaliação

indicado pela lei – as qualidades morais – era precisamente reconduzido pela jurisprudência aos parâmetros, de caráter substancial, dos quais trata o art. 133, CP, era difícil subtrair-se a sensação que a custódia em cárcere, ainda que preventiva, tivesse na realidade a precisa função de antecipar a pena.

Aqui entra em jogo o art. 27, § 2.º, Constituição: todas as vezes em que a qualquer título é aplicado um tratamento sancionatório antes da sentença irrevogável, durante o processo, viola-se a presunção de não culpabilidade do imputado. Se o único critério para a adoção da custódia em cárcere é a existência dos suficientes indícios – acompanhada ao menos por uma avaliação da personalidade do imputado, vale dizer, por uma simples prognose da periculosidade – ao juiz pede-se exclusivamente o juízo de culpabilidade antecipado em relação à decisão final, o que seria proibido pelo art. 27, § 2.º, Constituição.

Desses argumentos a doutrina extraía a inconstitucionalidade da captura obrigatória. Quando a lei dispõe que o imputado seja submetido automaticamente à privação da liberdade com base na qualificação do crime, sem nenhuma avaliação sobre a necessidade da medida para fins cautelares, a decisão baseia-se sobre uma averiguação provisória da culpa que corresponde àquela contida na sentença de condenação e produz efeitos desfavoráveis idênticos ou que podem ser sobrepostos.

3. O art. 27, § 2.º, Constituição vale também como limite externo à finalidade que é possível atribuir à restrição da liberdade pessoal no curso do processo. Em doutrina tinha-se já há tempo individualizadas aquelas exigências cautelares que hoje encontramos expressamente mencionadas no art. 274, CPP, isto é, o perigo de *nulidade (inquinamento)* da prova, o perigo que o imputado se sub-

traía à execução da condenação, o perigo de cometimento de delitos: nestas três categorias tradicionais podem ser reagrupadas todas as funções das medidas cautelares. Note-se bem, porém, que até quando estas finalidades não tinham encontrado tradução normativa, em concreto o juiz singular poderia escolher entre levar em conta livremente uma ou outra (ou nenhuma delas) ao motivar as sentenças: em outros termos, o âmbito de aplicação da custódia cautelar, quando facultativa, terminava por depender da opinião subjetiva do intérprete.

De tudo compatível com a presunção de não culpabilidade considerava-se no máximo apenas a finalidade instrutória, por ser tipicamente processual, enquanto apresentava-se alguma reserva acerca da finalidade de assegurar a execução da pena. A maioria da doutrina, com algumas exceções, considerava, ao invés, em contraste com o art. 27, § 2.º, Constituição, a finalidade assim dita preventiva, segundo a qual a custódia em prisão deveria ter uma função de prevenção especial (evitar que o imputado cometesse delitos) ou, segundo uma posição mais extremista, até mesmo de prevenção geral, isto é, demonstrar, apacando o alarme social provocado pelo delito, a pronta repressão penal, garantindo contemporaneamente, o seu caráter exemplar. É evidente que nestes termos torna-se difícil distinguir a custódia cautelar da pena, porque a medida termina por identificar-se, não só estruturalmente — como é inevitável — mas também no que diz respeito aos pressupostos e ao objetivo.

Pessoalmente, continuo a entender que a finalidade mais racional, e mais compatível com o art. 27, § 2.º, Constituição, seja aquela de evitar que o imputado se subtraia à execução da sentença de condenação. Em síntese, trata-se de uma função cautelar em sentido estrito: assegura-se no processo a pessoa do imputado para evitar que o processo permaneça

sem êxito, que não possa ser executada a pena. Segundo alguns, isto estaria parcialmente em conflito com a presunção de não culpabilidade, mas a meu ver, uma vez que os parâmetros estejam bem identificados, isto é, existam indícios suficientes, de um lado, e do outro resulte um perigo concreto de que o imputado possa empreender fuga, a função da cautela se diferencia adequadamente daquela da pena. O dever da tutela cautelar é ponderar o risco entre o Estado e o imputado: o risco de que uma condenação possa não encontrar mais quem deva ser submetido à sanção, com o risco que possa ser presa uma pessoa que ao final venha a ser reconhecida inocente. A lei deve estabelecer alguns parâmetros que consigam minimizar os riscos para o indivíduo sem no entanto deixá-lo (o risco) completamente sobre o Estado.

Uma vez que os pressupostos sejam indicados com suficiente precisão, esta finalidade parece a mais congruente, e além de tudo é aquela que menos se presta, como ensina a experiência mais recente, a usos instrumentais e distorcidos. As polêmicas sobre o emprego excessivo e sem escrúpulos da custódia em prisão como meio de investigação foram realmente sempre causadas por um abuso da finalidade instrutória ou da finalidade preventiva. A função de garantir a aquisição e a genuinidade das provas foi distorcida naquela de obter a confissão do imputado, e a função de evitar o cometimento de delitos foi distorcida naquela de obter delação sobre os comparsas.

Deve-se em todo o caso admitir que também o perigo de (*inquinamento*) *nulidade* das provas, se bem que não privado de ambigüidade, remete a uma finalidade processual, que como tal distingue-se claramente de uma antecipação da pena. É legítimo que o sistema tutele o desenvolvimento do processo e não só o seu resultado. No que se refere no entanto ao perigo do cometimento de

delitos, o choque com a presunção de não culpabilidade dir-se-ia inevitável, senão por outras razões porque antecipasse um juízo de periculosidade do tipo substancial que por definição pressupõe o cometimento de um delito: se admitirmos que se possa julgar a periculosidade do imputado, implicitamente se considerará já dado por certo o delito, coisa que o art. 27, § 2.º, Constituição, não parecia consentir.

4. Esta longa digressão é importante para colocar em foco o desenvolvimento da jurisprudência constitucional. A Corte Constitucional manteve-se um pouco apartada em relação ao debate sobre as finalidades da custódia preventiva. No entanto, com a citada sentença n. 64 de 1970, fez entrar o art. 27, § 2.º, Constituição, na valoração concernente à legitimidade da disciplina de liberdade pessoal do imputado.

É necessário dizer que o artigo em questão não parece ser muito amado pela Corte Constitucional, porque é quase sempre deixado de lado: é frequentemente invocado pelos juízes *remittenti* mas, ainda quando a exceção é acolhida, em geral o perfil concernente ao art. 27, § 2.º, Constituição, é declarado absorvido. São raríssimas as decisões que têm reconhecido a inconstitucionalidade de uma norma por violação do art. 27, § 2.º, Constituição; ao contrário, para sermos precisos, até há pouco tempo – salvo engano – só havia uma dessas decisões (a sentença n. 88 de 1976, que será analisada em detalhe mais adiante), e ainda por cima, como veremos, substancialmente evasiva. Nos últimos anos podem ser registradas outras duas decisões: a sentença n. 48 de 1994, com a qual foi reconhecida a violação da presunção de não culpabilidade pelo art. 12 – *quinquies* da legislação antimáfia, sobre o confisco de bens, e a recentíssima sentença n. 239 de 1996, da qual falaremos ao final.

A sentença n. 64 de 1970 é importante porque identifica a presunção de não culpabilidade como parâmetro de legitimidade das normas concernentes à custódia cautelar: afirma textualmente que “o rigoroso respeito à presunção de não culpabilidade requer como consequência que a prisão preventiva em nenhum caso possa ter a função de antecipar a pena a ser infligida somente após a comprovação da culpa: essa, portanto, pode ser predisposta unicamente em vista da satisfação de exigências de caráter cautelar ou estritamente inerentes ao processo”. A tomada de posição, clara ainda que não totalmente explícita, foi várias vezes citada em decisões sucessivas que, porém, a têm sistematicamente modificado.

O que significa “exigências de caráter cautelar ou estritamente inerentes ao processo”? A meu ver, ao mencionar as “exigências de caráter cautelar”, a Corte faz alusão à finalidade cautelar em sentido estrito, isto é, à necessidade de assegurar o resultado do juízo; quando fala de “exigências estritamente inerentes ao processo”, entende as exigências que dizem respeito a seu funcionamento, isto é, a eficiência da averiguação, e, portanto, refere-se à finalidade instrutória. Esta motivação pode ser deduzida de toda parte mas, na minha opinião, a intenção da Corte era convalidar a orientação doutrinal segundo a qual as finalidades legítimas da custódia cautelar podiam ser somente a garantia para a execução da pena e a garantia para a obtenção das provas, com a exclusão de funções estruturadas em chave substancial, isto é de prevenção geral ou especial, e qualquer outra coligada a um juízo de mera periculosidade do imputado.

Na ocasião, a Corte Constitucional declarou infundada a questão de legitimidade do mandado de captura obrigatória, previsto pelo art. 253, do código então vigente, e das conexas proibições de liberdade provisória, com base em um

raciocínio não totalmente convincente mas não totalmente sem lógica. Considerando que as finalidades da custódia preventiva são aquelas indicadas como compatíveis com o art. 27, § 2.º, Constituição, a lei pode presumir que em certos casos, isto é, quando se tratar de delitos particularmente graves e o imputado seja atingido por suficientes indícios de culpa, existe o risco que sejam expostos a perigo aqueles bens para cuja tutela a medida é disposta. A Corte, todavia, não deixou de reivindicar o controle mediante o qual o legislador identifica os casos para os quais é obrigatória a custódia em cárcere: a presunção deve manter-se “dentro dos limites, não sujeitos a controle, da racionalidade”. Simultaneamente, foi enfatizado com força o dever de motivação sobre os pressupostos da medida, freqüentemente (e indevidamente) negado, no caso de obrigatoriedade da captura, pela jurisdição ordinária: tanto que foi declarado inconstitucional o já citado art. 253, CPP ab-rogado na parte em que não impunha ao juiz motivar os suficientes indícios de culpabilidade.

A sentença da qual falamos tornou-se, na realidade, célebre por um outro motivo: haver declarado constitucionalmente ilegítimos os artigos do código que não previam um termo máximo de custódia, ou melhor, prevendo-o somente com relação à fase instrutória. A norma de referência era obviamente o art. 13, último parágrafo, Constituição, segundo o qual deve ser assegurado em todo caso um limite de duração, a ser fixado pela Corte, “razoável” (e portanto controlável), voltado a evitar “que o sacrifício da liberdade pessoal seja inteiramente subordinado às vicissitudes do procedimento”. A declaratória de inconstitucionalidade constringe o legislador a uma intervenção de urgência, com a qual, para evitar vazios normativos, foi até mesmo *coordenada a publicação* da sentença. O Dec.-lei 192 de 1970 estabeleceu pela primeira vez os

termos máximos de custódia para todas as fases do processo: esta disciplina, contida no art. 272, CPP, ab-rogado, foi talvez a mais atormentada na vida do código. Só para dar uma idéia de quanto o problema seja interessante, pode-se recordar que o limite insuperável previsto originariamente era de quatro anos, e a primeira prorrogação dos termos máximos fixados em 1970 ocorreu justamente quatro anos depois, por efeito do Dec.-lei 99 de 1974, que objetivava evitar a liberação de numerosos imputados de delitos graves. De 1970 a 1987 contam-se, se forem incluídas apenas aquelas indicadas, sete medidas legislativas de modificação — em uma direção ou outra — do art. 272, CPP ab-rogado —, sem considerar as leis especiais.

5. A sentença n. 64 de 1970, ainda que não de todo aderente aos favores da doutrina, permanece uma decisão importante, potencialmente suscetível de desenvolvimentos posteriores. Não suficientemente unívoca, porém, a ponto de evitar desenvolvimentos de sentido diverso e também oposto, segundo os aspectos que se considere preferível evidenciar. É necessário prestar atenção à cronologia: em 1970 se encontrava talvez no ápice o período do *garantismo* que havia caracterizado o final dos anos sessenta, no qual, sobretudo por impulso da própria Corte Constitucional, o ordenamento processual tinha sido remodelado para tutela das garantias individuais. Os anos setenta são ao contrário os anos da emergência terrorista, nos quais prevalecem as preocupações para a tutela da ordem pública e para a defesa da sociedade. As sentenças sucessivas nesta matéria pertencem plenamente a este novo período.

Primeiro sinal de uma mudança de rota, a sentença n. 17 de 1974 declarou inconstitucional a proibição de emitir um novo mandado de prisão contra o imputado preso em razão dos termos máximos

de custódia estabelecidos para a fase instrutória, e sucessivamente enviado a juízo, quando ainda houvesse alguns termos a serem exploradas para a fase sucessiva. É uma decisão criticável por dois motivos: primeiro porque faz uso do princípio da igualdade *in malam partem*, isto é com desvantagem para o imputado, revelando uma violação ao art. 3.º, Constituição, por eliminar uma disposição de favor; por outro lado, e sobretudo, porque justifica incidentemente a solução mais restritiva com a oportunidade de utilizar a custódia preventiva como “reforçada proteção de defesa social”. Esta pequena fórmula inscreve a Corte entre os que sustentam o objetivo substancial da custódia preventiva que, se concebida em função da defesa social, pode evidentemente ser utilizada para objetivos de prevenção especial e geral, e também de exemplaridade. Segue uma série de decisões, todas discutíveis. A sentença n. 88 de 1976 declarou infundada a questão de legitimidade do veto de conceder a liberdade provisória (intruduzido pela Lei 152 de 1975) ao imputado em custódia por determinados delitos que estivesse contemporaneamente sujeito a outro processo por delito do mesmo tipo. Aqui poder-se-ia confrontar uma dupla violação do art. 27, § 2.º, Constituição, porque, de um lado, a custódia em prisão era estruturada em função sancionadora, do outro se atribuía à simples imputação em um outro processo o valor de uma certeza de responsabilidade. A Corte deu início às desfigurações da sentença n. 64 de 1970, transformando aquela que tinha sido posta como condição de legitimidade da custódia cautelar (a custódia cautelar deve ser disciplinada de tal maneira a não contrastar com a presunção de não culpabilidade, então pode ser utilizada somente em vista de finalidades processuais) em um critério para excluir a aplicação do art. 27, § 2.º, Constituição nessa matéria. O dever ser na realidade torna-se ser: enquanto a sentença n. 64

de 1970 afirmava que a prisão preventiva “não pode ter” a função de antecipar a pena, a sentença n. 88 de 1976 afirma que “não tem” a função de antecipar a pena, e é por isso compatível com a presunção de não culpabilidade. A este ponto, também a citação textual dos pressupostos (“exigências de caráter cautelar ou estritamente inerentes ao processo”) perde toda a eficácia em definir, por que não se entende mais quais são as finalidades consentidas, ou melhor, quais não são consentidas justamente por que são antecipação da pena. Essa reconstrução alterada do precedente de 1970 transforma-se numa fórmula translúcida que encontramos utilizadas em numerosas sentenças também em épocas mais recentes.

Sempre na sentença n. 88 de 1976, a Corte faz novamente referência explícita a funções de prevenção especial, e em especial à exigência de enfrentar o recrudescimento da criminalidade, mencionando os trabalhos preparatórios da Lei 152 de 1975, objeto do seu juízo, onde lê-se que “a recrudescência da criminalidade é favorecida pela liberdade provisória concedida a imputados perigosos e inclinados à reincidência.” Ainda mais significativamente, a propósito do art. 27, § 2.º, Constituição, a Corte renova a afirmação (extraída da sentença n. 124 de 1972 em matéria de absolvição por insuficiência de provas) segundo a qual o constituinte não sancionou uma presunção de inocência, que por si seria incompatível com a prisão preventiva, expressamente prevista pelo art. 13, Constituição, mas quis somente afirmar que “durante o processo não existe um culpado, mas sim somente um imputado”. Essas são exatamente as palavras que usava Manzini em 1913, quando sustentava que a presunção de inocência era um princípio paradoxal e irracional, por que, se procedemos contra um imputado, quer dizer que ele não é presumido inocente,

mas é presumido culpado. É porém singular o fato de encontrarmos uma enunciação desse gênero na jurisprudência da Corte Constitucional.

Um posterior passo adiante na “re-interpretação” da sentença n. 64 de 1970 encontra-se na sentença n. 1 de 1980, chamada a pronunciar-se sobre uma fórmula — contida na Lei 152 de 1975 — destinada a ter muita fortuna, até ser repercutida no novo código: o dever do juiz, para a concessão da liberdade provisória, de avaliar, entre outras coisas, a “probabilidade, em relação a gravidade do delito e à personalidade do imputado, que este, posto em liberdade, possa cometer novamente crimes que ponham em perigo as exigências de tutela da coletividade”. Segundo essa sentença não há diferenças entre as exigências “estritamente inerentes ao processo”, indicadas pela sentença n. 64 de 1970, “e outras que, de alguma forma, tenham fundamento nos fatos pelos quais há o processo”. Na realidade tratam-se de dois conceitos completamente diferentes, senão opostos: uma coisa são as exigências inerentes ao processo, voltadas a garantir o seu andamento, outra coisa aquelas que só ocasionalmente estão ligadas ao processo, e portanto são estranhas a ele. Mas a finalidade substancial da custódia preventiva entrou, a essa altura, plenamente na jurisprudência constitucional, tanto que a sentença não esquece de citar, como confirmação, a diretriz n. 54 da *lei delegada* de 1974 para a reforma do código, que ao lado das “exigências instrutórias” contemplava as “exigências de tutela da coletividade” (este último critério foi confirmado textualmente pela *delegação* de 1987). Como se a *lei delegada* fosse um parâmetro de legitimidade, não sujeito, por sua vez, a exame.

Deve ser lembrado que a sentença n. 1 de 1980 se preocupa também em definir quais são os delitos “que põem em perigo as exigências de tutela da coleti-

vidade”. Poder-se-ia sustentar que todos os delitos põem em perigo as exigências de tutela da coletividade; ou melhor, como se faz para excetuar um determinado delito que não as ponha em perigo? Segundo a Corte, deve-se olhar os delitos que têm as características deduzíveis da *ratio* da Lei 152 de 1975, vale dizer o uso de armas ou meios de violência contra as pessoas, referência a organizações criminais comuns ou políticas, a direção lesiva contra as condições de base da segurança coletiva ou da ordem democrática. Estes ensinamentos foram acolhidas no artigo 274, letra c do código vigente, com o objetivo de especificar aquelas exigências de tutela da coletividade genericamente indicadas pela *lei delegada*.

Com a mesma decisão foi ao contrário declarada a inconstitucionalidade, por violação do art. 27, § 2.º, Constituição, do advérbio “novamente”, contido na fórmula em discussão, visto que este pressupunha o já acertado cometimento, por parte do imputado, de outros delitos precedentes. Esta conclusão na verdade contorna o problema, porque está claro que o advérbio era um sintoma da inconstitucionalidade, não o motivo desta: o significado da lei não muda, ainda que aquele advérbio seja eliminado.

Deve-se citar, por fim, a sentença n. 15 de 1982, sobre a Lei 15 de 1980, uma das tantas leis de prorrogação dos termos da prisão cautelar que, entre outras coisas, havia declarado os novos termos aplicáveis também aos procedimentos em curso. É uma das sentenças menos convincentes e pior argumentadas: entre as afirmações mais discutíveis pode-se assinalar aquelas segundo a qual existe um relacionamento de causa e efeito entre a duração da custódia em cárcere, terrorismo e subversão; além disso, sobre a presunção de não culpabilidade: “assim como a presunção de não culpabilidade não impede a prisão preventiva, esta não prejudica aquela”, de fato “a prisão pre-

ventiva não tem natureza substancial porque é justificada por exigências eminentemente processuais". Esta afirmação fecha o cerco das desfigurações da sentença n. 64 de 1970, usando como argumento demonstrativo justamente aquilo que deve ser demonstrado, que, isto é, a disciplina da prisão preventiva visa a finalidades processuais, visto que de outro modo seria inconstitucional. O raciocínio é invertido: não existe violação da presunção de não culpabilidade, dado que a prisão preventiva não tem finalidades substanciais.

Seria discutível também a alegada legitimidade da aplicação imediata do prolongamento dos termos, igualmente motivada em modo pouco convincente; mas é o caso ainda mais de sublinhar, desta vez positivamente, uma importante indicação sobre a duração máxima da custódia preventiva, que havia chegado a um teto de dez anos e oito meses como termos globais, para os delitos agravados pela finalidade de terrorismo ou de subversão. A Corte reconheceu que a emergência é condição anômala e grave mas temporária, com a consequência "que ela legitima sim medidas insólitas, mas que estas perdem legitimidade, se forem injustificadamente prolongadas no tempo": foi assim dada uma advertência ao legislador, fazendo entender que se aquela norma não tivesse sido modificada, no futuro não poderia subtrair-se à censura. A questão foi resolvida de fato com a Lei 38 de 1984, que remodelou os termos máximos de custódia cautelar, re colocando-os numa medida mais razoável, destinada a adaptar-se (mesmo que ainda de maneira não definitiva) à *lei delegada* de 1987.

6. O novo código de processo penal, programaticamente – *aplicativo* da Constituição – como se lê no preâmbulo do art. 1.º da *lei delegada* – não poderia acolher, em tema de liberdade pessoal, as

orientações expressas pela Corte, individualizando a clássica tripartição das finalidades cautelares, vale dizer, exigências atinentes às investigações, perigo de fuga, exigências de tutela da coletividade, especificadas no art. 274. Correspondentemente, as intervenções as quais a Corte foi chamada são, pelo menos nos primeiros anos, relativamente poucas porque o aparato é tendencialmente conforme às linhas expostas na jurisprudência constitucional precedente – também com algumas referências textuais, como por exemplo aquela, já recordada, do art. 274, letra c, do código de processo penal a sentença n. 1 de 1980 – e os problemas sobre os quais se discutia entre os anos setenta e oitenta estão hoje atenuados. Em particular, foi abolida a obrigatoriedade da captura (ainda que o art. 275 do CPP contenha um instituto que a repercute muito de perto). Foi redimencionada a duração da custódia cautelar: a *lei delegada*, aliás, tinha previsto de forma otimista um termo máximo total complexo de quatro anos, mas já em 1991 se considerou necessário modificá-lo e elevá-lo a seis anos, e finalmente a situação parece estabilizada.

Um fio condutor parece emergir, por outro lado, da jurisprudência constitucional nessa específica matéria, isto é, uma tendência à adesão às linhas de fundo da disciplina *codicista*, que induz a Corte a salvar também normas potencialmente suscetíveis de censura, o que não aconteceu em outros setores do processo. Essa orientação conjuga-se com uma linha geral de forte tutela dos direitos invioláveis, liberdade pessoal e direito de defesa: justamente no momento em que se empreendia a demolição do sistema acusatório, a Corte sempre mostrou uma particular sensibilidade para as garantias individuais, como se compensasse a diminuição das garantias estruturais.

Como confirmação, podem ser indicados numerosos exemplos. Assim a

decisão interlocutória claramente infundada n. 126 de 1993, depois reafirmada pela sentença n. 201 de 1996, sobre termo peremptório de caducidade da medida cautelar no juízo de reexame (art. 309, §§ 9 e 10 CPP): a Corte, investida da questão por um tribunal de liberdade que pela complexidade do caso entendia não estar à altura para decidir no termo, afirmou a legitimidade da norma porque estabelecida para a tutela do sujeito submetido à medida, fazendo assim prevalecer a função de garantia. A mesma coisa pode-se falar da sentença n. 147 de 1994, sobre a impossibilidade de renovar as medidas de interdição quando estas são dadas por exigências de prevenção (o art. 308, § 2.º, CPP, permite a renovação somente quando essas tenham sido dispostas para garantir a aquisição da prova): a Corte se entrincheirou atrás da impossibilidade de controlar uma matéria remetida à discricionariedade legislativa. Uma outra decisão, a sentença n. 278 de 1996, diz respeito ao § 2.º — *bis* do art. 275 CPP, introduzido pela Lei 332 de 1995, o qual prevê que o juiz não pode aplicar a custódia cautelar quando considerar que com a sentença possa ser concedida a suspensão condicional. Alguns juízes tiveram que repetir esta disposição chamando em causa a presunção de não culpabilidade: na verdade, a referência não é muito pertinente, porque o art. 275, § 2.º — *bis*, CPP, requer sim um prognóstico do resultado do processo, mas se todas as vezes em que se antecipa provisoriamente um juízo fosse violada a presunção de não culpabilidade, não se poderiam mais fazer processos. A Corte declarou infundada a questão fazendo referência ao princípio da proporcionalidade da medida à sanção aplicável, mas com um importante esclarecimento, isto é, que o prognóstico valorativo sobre o mérito é essencialmente igual à insurgência do procedimento cautelar: não se pode aplicar uma medida cautelar se não

existe ao menos a possibilidade de condenação do imputado.

Inscreveria nesse rol a sentença n. 89 de 1996 sobre as contestações em cadeia: uma decisão muito discutida e discutível, que porém exprime a exigência “de configurar limites objetivos e inelutáveis” à duração da custódia cautelar. A Corte portanto entendeu constitucionalmente irretocável o art. 297, § 3.º, CPP, na versão devida à Lei 332 de 1995, que inequivocamente penaliza o ministério público, visto que uma espécie de presunção de contestação em cadeia (contestações de fatos diversos diluída no tempo com o objetivo de contornar os termos máximos de custódia, que por isso faz-se com que decorra a partir da primeira *decisão interlocutória*) também lá onde uma semelhante intenção não existe. Essa sentença destaca-se pela nova leitura do art. 3.º, Constituição, que poderia ser um prelúdio de uma revisão da jurisprudência consolidada sobre o princípio da igualdade, visto que afirma que o juízo de legitimidade com base no art. 3.º não deve ser um juízo de racionalidade abstrato, mas um juízo de congruência com a *ratio* da norma. Sustentou-se que o critério enunciado pela Corte é irretocável mas foi escolhido o momento errado para utilizá-lo, por que na ocasião teria sido mais oportuna uma sentença interpretativa de *rejeição* que arrumasse uma disposição que, de fato, além de ser de difícil leitura, é também bastante contraditória. Em todo caso, é interessante notar que, com base nessa orientação, muitas das sentenças de *aceitação* que a Corte emitiu sobre o novo código provavelmente não teriam sido pronunciadas.

Sobre o art. 3.º Constituição deve ser lembrada que a *decisão interlocutória* claramente infundada n. 324 de 1994, concernente ao art. 310, § 3.º, CPP, que prevê a suspensão da execução da medida cautelar disposta sobre recurso do ministério público até que a decisão não

se torne definitiva. Segundo a Corte, não sem razão o legislador valorizou a *ratio* a favor do imputado, exercendo uma opção que não se pode censurar em matéria de legitimidade. Além disso, no que tange ao princípio da paridade das partes, invocado pelo juiz *remittente* para denunciar um excesso de *delegação*, devem ser consideradas consentidas aquelas alterações da paridade necessárias para dar o encaminhamento completo às exigências constitucionalmente relevantes e, em particular, neste caso, a *favor libertatis*.

7. Quanto à presunção de não culpabilidade, que voltou a estar em discussão, parecia começar a fender-se a constante subestimação do art. 27, § 2.º, Constituição no que se refere às medidas cautelares. Antes de mais nada, ainda que só indiretamente relevante, deve ser lembrada a sentença n. 48 de 1994 que, se exce tuarmos a precedente – como se viu, puramente formal – de 1980, é na realidade a primeira declaração de inconstitucionalidade fundada sobre tal princípio. O art. 12 – *quinquies* § 2.º, Dec.-lei 306, de 1992 foi declarado ilegítimo por que reconduzia a condição de indiciado para dentro de uma previsão incriminadora, com a consequência de atribuir a tal *status* uma avaliação em termos de desvalor que equivale a antecipar efeitos reservados pela Constituição à sentença irrevogável de condenação.

É verdade que a *decisão interlocutória* n. 450 de 1995 declarou manifestamente infundada, em relação também ao art. 27, § 2.º, Constituição, a questão concernente ao art. 275, § 3.º, CPP (na versão precedente, mas estruturalmente a previsão ficou idêntica depois da reforma de 1995). A norma, no entender de muitos, representa uma reedição do mandado de captura obrigatório, porque para certos delitos prevê sempre a aplicação da custódia em cárcere, a menos que não resul-

tem insubsistentes as exigências cautelares, tanto mais que, segundo a Corte de Cassação, nestes casos, o juiz não seria chamado a motivar as exigências cautelares, aliás algumas sentenças chegam a sustentar que é um ônus a cargo do imputado apresentar os elementos dos quais resulte que tais exigências não subsistem. A Corte Constitucional enunciou uma espécie de síntese do próprio ponto de vista sobre o art. 27, § 2.º, Constituição, onde se diz, com a habitual petição de princípio, que a referência à presunção de não culpabilidade “se revela manifestamente não provada, dada a estranheza deste último parâmetro à sistematização e à conformação das medidas restritivas da liberdade pessoal que operam sobre o plano cautelar, que é plano totalmente diverso daquele concernente à condenação e à pena”. Estamos ainda naquela orientação que, inaugurada pela sentença n. 88 de 1976, foi levada às últimas consequências pela sentença n. 15 de 1982.

Todavia, um sinal de possível mudança pode ser extraído da sentença n. 239 de 1996, ainda em tema de medidas cautelares, se bem que neste caso estranhas ao processo penal e às exigências processuais. Foi declarada inconstitucional a disposição de uma lei especial sobre as exortorias (art. 110 d. P.R. 28 de janeiro de 1998, n. 43), que previa a suspensão automática do emprego do funcionário submetido a procedimento penal por *falsas declarações (testemunhos)* nas relações de notificação. Neste caso a Corte reconheceu que o automatismo representa uma antecipação da pena, e que ainda a posição de réu não justifica, por si só, uma medida cautelar, além de tudo sem previsão de limites de duração. No final das contas, sobre as normas que não permitem uma valoração em concreto das exigências cautelares a Corte começa a ter algumas dúvidas. Na mesma linha, talvez, pode-se colocar

também a sentença n. 109 de 1994 sobre a proibição de residir no exterior, citada no início, na qual o automatismo da medida foi julgado não razoável por violação dos princípios de proporcionalidade e adequação.

8. Numerosas, finalmente, foram as intervenções para tutela do direito de defesa e do contraditório em matéria cautelar, que me limitarei a elencar: a sentença n. 45 de 1991, sobre o comparecimento pessoal no *juízo de reexame* (art. 127 e 309 CPP); a sentença n. 219 de 1994, sobre contraditório no procedimento de renovação da medida (art. 301, § 2.º, CPP) e as *sentenças interpretativas de rejeição* n. 434 de 1995 e n. 216 de 1996, as quais estabeleceram, respectivamente, que em caso de prorrogação conforme o art. 305 CPP deve ser assinalado ao defensor um termo congruente para ser posto em grau de intervir, e que o diferimento da entrevista entre defensor e imputado do qual se fala no art. 104 CPP equivale a um impedimento do comparecimento na *audiência de reexame*.

Uma consideração à parte merece, pela sua importância, a sentença n. 238 de 1996 sobre as colheitas obrigatórias de sangue; e as sentenças sobre a incompatibilidade para o juízo de mérito do juiz que se pronunciou sobre as medidas cautelares.

A sentença n. 238 de 1996 – indicada na doutrina como a expressão de um novo rumo em direção a uma “recuperação de imagem” depois das alterações de 1992 – declarou ilegítimo o art. 224, § 2.º, CPP, na parte em que prevê para o juiz a possibilidade de dispor obrigatoriamente a colheita de sangue para a realização da perícia hematológica, considerando violada a predeterminação dos casos e modos das medidas que incidem sobre a liberdade pessoal, prescrita pelo art. 13, Constituição. A decisão inverteu a precedente declaração de falta de fun-

damento devida à sentença n. 54 de 1996, segundo a qual as exigências de obtenção da prova e os limites deduzíveis do ordenamento legitimavam também uma medida como a colheita obrigatória. Pressuposto da mudança da jurisprudência, a alegada necessidade de remediar a questão levou em conta a maior força com a qual o valor da liberdade pessoal firmou-se no novo código de processo penal. Na cuidadosa motivação, lê-se que a exigência de obtenção da prova representa a finalidade da restrição mas não indica os “casos”, enquanto os limites negativos, deduzíveis do ordenamento não indicam os “modos”; e em todo o caso falta a previsão das medidas adotáveis para a execução das operações. É necessária, portanto, uma intervenção do legislador: até aquele momento, nenhuma colheita de sangue obrigatória poderá ser exigida.

Sobre a incompatibilidade, após a sentença n. 502 de 1992, que a havia excluído com referência à participação ao juízo de mérito dos juízes do tribunal de reexame, a Corte tomou como ponto de partida o caráter mais incisivo da avaliação sobre a aplicação das medidas cautelares, requerido ao juiz pelas modificações devidas à Lei 332 de 1995, para rever a própria jurisprudência. Como é notório, a inconstitucionalidade foi afirmada em três etapas: a sentença n. 432 de 1995 declarou incompatível ao juízo de debate o juiz para as investigações preliminares que tenha aplicado uma medida cautelar pessoal; a sentença n. 131 de 1996 estendeu a incompatibilidade aos componentes do tribunal de reexame; a sentença n. 155 de 1996 completou a obra com referência, de um lado, ao juízo abreviado e ao acordo, do outro ao juiz para as investigações preliminares que tenha decidido sobre revogação, substituição ou modificação da medida.

A esta jurisprudência, que não é o caso de comentar aqui, pode-se aproximar a

sentença n. 71 de 1996, que declarou ilegítimos, por violação dos arts. 3.º e 24 Constituição, os arts. 309 e 310 CPP na parte em que – estando sob orientação constante da Corte de Cassação – não prevendo a possibilidade de valorar a subsistência dos graves indícios depois que tenha sido disposto o reenvio a juízo. Segundo a Corte, “o reenvio a juízo não se fundamenta sobre a valoração de mérito que necessariamente possa ser sobreposto àquela que é inerente à verificação do pressuposto dos graves indícios de culpa”. A interpretação do art. 425 CPP assim proposta é discutível, mas é indubitavelmente coerente com o especial relevo que vem assumindo, especialmente após a reforma de 1995, a decisão cautelar.

Limitando-se a estas últimas decisões, se diria ainda que a Corte esteja se aproximando ao reconhecimento de uma tendência à autonomia do procedimento cautelar com relação àquele principal. A decisão incidental sobre as medidas cautelares torna-se uma espécie de processo no processo, com regras próprias e critérios de valoração distintos mas paralelos àqueles previstos por um juízo de mérito. Isto significa que será provavelmente indispensável chegar à instituição de um juiz da liberdade separado daquele de

mérito, seja para evitar a verificação de incompatibilidade, seja para assegurar a necessária autonomia de juízo a ambos.

A conclusão que está surgindo deriva do cada vez mais freqüente deslocamento da resposta penal sobre as medidas cautelares ao invés de sobre a sentença de condenação. Garantir o procedimento cautelar como se fosse o juízo de mérito significa que o processo não alcança o seu objetivo se não através das medidas provisórias. Trata-se de um velho tema, diante do qual parece que os anos têm passado inutilmente: todo o drama da custódia cautelar reside ainda na excessiva duração dos processos, que não conseguem chegar a uma sentença em tempo razoável. Por este motivo toda tensão se transfere sobre o sistema das cautelares, transformado no nó de maior relevância prática. Então deve ser reconhecido que também a Corte Constitucional não tem a possibilidade de intervir do modo para o qual está-se orientando, isto é, constatar o caráter central da jurisdição cautelar e colocar-se em uma linha de rigorosa tutela da sua legitimidade formal. Mas o verdadeiro problema permanece evidentemente em um problema de eficiência, insolúvel sem profundas modificações estruturais e organizativas.