

A liberdade provisória na Constituição

Weber Martins Batista

O Anteprojeto de Constituição conseguiu desagradar a todos. Preocupados em fazer, mais do que uma carta de princípios, um verdadeiro código de preceitos e, portanto, em *tudo* dizer, em *tudo* regular, os constituintes deixaram, no entanto, de consagrar alguns princípios impreteríveis. Ou, o que é pior, ao fazê-lo de forma indireta, acolheram soluções que se chocam com idéias ou conquistas já incorporadas à legislação ordinária. É o que ocorre, no capítulo dos direitos individuais, com relação à liberdade provisória.

Não é verdade que exista, ao longo do processo, uma presunção de inocência em favor do réu — a afirmação nesse sentido, do art. 13, item XV, letra g, do anteprojeto, é totalmente vazia de conteúdo — mas é evidente que não pode ele ser tratado como se já tivesse sido condenado. Por mais grave que seja o crime aparentemente cometido, o réu só será por ele apenado *com* a condenação, não antes dela. Assim, durante o processo, sua prisão, não sendo uma pena antecipada, mas uma medida cautelar, só poderá ser decretada ou mantida se for necessária, quer para evitar que ele prejudique a colheita da prova, que frustre a aplicação da lei, ou que ponha em risco a ordem pública.

Exatamente quando vivíamos sob um regime de força, sobreveio a Lei 6.416, de 1977, consagrando que em qualquer caso, mesmo nos crimes mais graves, o agente só ficará preso durante o processo se isso for necessário. É a solução acolhida, como regra, na legislação dos países democráticos. Nos crimes menos graves — entre nós, nos ilícitos punidos com pena não superior, no mínimo, a dois anos — vige em favor do indiciado ou réu uma presunção de que não é perigoso. Assim, à falta de prova em contrário, é ele colocado ou mantido em liberdade. Nos ilícitos mais graves, aqueles punidos com pena, no mínimo, maior de dois anos, vige, ao contrário, uma presunção de que o agente é perigoso. Nesse caso, se quiser obter a liberdade provisória, deve provar que, excepcionalmente, embora a gravidade do fato por suas qualidades pessoais pode ficar solto sem aqueles riscos. Ou seja, em qualquer caso pode o réu, provando a desnecessidade da prisão, defender-se ao longo do processo em liberdade.

Que fez o anteprojeto de Constituição a respeito do tema? Ao invés de consagrar, como regra ou princípio constitucional, a modificação trazida pela Lei 6.416/77, adotou duas normas que, ao contrário, impedem, de forma absoluta, a concessão da liberdade provisória em dois tipos de crime. A primeira está no art. 13, item I, letra i, que trata do crime de tortura. Não há, no Código Penal ou em lei extravagante, a figura do crime de tortura. Ela existe como meio à prática de outros crimes, como o de abuso de autoridade, o de maus-tratos, o de lesões corporais, o de homicídio, etc. De acordo com a disposição do anteprojeto — que cria um novo tipo de delito — a tortura, “crime de lesa-humanidade”, é insuscetível de fiança, prescrição e anistia. Acontece, como se lê no dispositivo mencionado, que respondem por esse crime, não apenas os mandantes e os executores, como “os que, podendo evitá-lo, se otimirem, e os que, tomando conhecimento dele, não o comunicarem na forma da lei”.

Ora, não tem sentido, não apenas em razão das conquistas do moderno processo penal, acolhidas entre nós, como até mesmo em face dos outros princípios expressos ou implícitos no anteprojeto, proibir, de forma absoluta, que se conceda a liberdade provisória em determinados crimes. Menos, ainda, em hipóteses onde o tipo, de conteúdo variado, compreende, ao lado de ações muito mais reprováveis — como a de quem manda e a de quem executa a tortura — ações de menor gravidade, como a daquele que não procura evitar o crime, ou — o que é ainda menos grave — a de quem, sabendo de sua existência, não o comunica à autoridade competente. Que gravidade especial têm estas últimas figuras, para levar o legislador constitucional a ignorar as normas de processo sobre as medidas cautelares, impondo aos réus desses crimes uma prisão muitas vezes desnecessária, ou seja, uma verdadeira pena antecipada?!

Na letra d, do item III, do mesmo art. 13, ao estabelecer a figura do crime de discriminação de “grupos étnicos, raciais ou de cor, ou de pessoas a eles pertencentes”, o anteprojeto dispõe, igualmente, que tais crimes são inafiançáveis. Ou seja, para combater a discriminação, a Constituição começa por discriminar, e o faz impedindo que sobre estes crimes incida a regra geral do parágrafo único do art. 310, do Código de Processo Penal, que permite, satisfeitos certos pressupostos, a liberdade provisória do réu ou indiciado em todos os ilícitos, mesmo naqueles muito mais graves. Mantidas as disposições criticadas, um réu de excelentes antecedentes, que deixar de comunicar a prática de tortura, de que tomou conhecimento por acaso; ou o que, em um momento infeliz, ofender alguém em razão de raça ou cor, terá que responder ao processo preso; mas poderia fazê-lo em liberdade se estivesse sendo processado, por ex., por roubo, extorsão, estupro ou homicídio. Pode a lei consagrar tal contradição, introduzida exatamente pelas mãos dos constituintes?!

É evidente, portanto, a necessidade de eliminar essas restrições, que contrariam o sistema adotado no Código de Processo, e que foi melhorado no projeto de Código de Processo Penal em tramitação no Congresso. À Constituição, ao contrário, deve consagrar, como princípio ou regra geral, a possibilidade, em todos os casos, da concessão da liberdade provisória. Nos ilícitos menos graves, como regra; nos mais graves, como exceção. Mas em todos eles, como uma medida alcançável pelo agente não perigoso. Assim, o que se sugere — e foi acolhido, à unanimidade, no recente encontro de professores realizado em Belo Horizonte — é que sejam eliminadas as restrições à liberdade provisória existentes nos itens mencionados, que desorganizam e desnaturam o sistema adotado na legislação processual penal em vigor. Em vez delas, que se afirme, em um dos itens do capítulo que trata dos direitos individuais: “Em qualquer hipótese, ao réu ou indiciado preso cautelarmente poderá ser concedida liberdade provisória: a) nos ilícitos menos graves, desde que não haja prova da necessidade da medida; b) nos mais graves, se houver prova de que esta é desnecessária”.