

DESTAQUES

PRISÃO ADMINISTRATIVA: ILEGALIDADE.

ROLF KOERNER JUNIOR *

Conselheiro Presidente:

Antes de me introduzir no tema, peço-lhe licença para, em oposição à técnica insolente da terra em que se pratica a autofagia, lembrar de um ilustre paranaense. Há pouco mais de quatro anos convivia conosco o Prof. ALCIDES MUNHOZ NETTO. Profissional integrado a esta casa de advogados, sobressaiu-se pela sua genialidade e, acima de tudo, pela sua indiscutível competência. Certa feita, as Faculdades de Direito de Curitiba e da Universidade Federal do Paraná oportunizaram-me reverenciar a memória do Prof. ALCIDES. A falar de ciência penal, obrigatoriamente se exigia falar de ALCIDES MUNHOZ NETTO, e, à homenagem dele, sob o título *Saudades*, escrevi um trabalho. Foi-me fácil reconstituir o passado de minha vida de vinculação profissional ao Prof. ALCIDES. A seu lado estive por mais de dez anos. Não foi difícil traçar um perfil sobre a sua marcante personalidade. Pude conhecê-lo e vivenciar, sobretudo, a correção de seu caráter. Nem árdua constituiu-se a tarefa visando à síntese doutrinária dos seus escritos, porque, sabidamente a todos, a excelência de sua obra jurídica, e não se confunda quantidade com qualidade, encarregava-se de fazê-la conhecida e seguida. Aliás, afirmou-se, em algum lugar, já existirem os "Alcidistas" que, pela autocrítica a extrapolar os domínios do que é comum a muitos, tornaram-se, sabiamente, auto-exigentes. Produzem pouco, mas produzem o que é bom. Recentemente, em livros, PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, Professor de Direito Criminal, da USP, comentou a Nova Parte Geral de Código Penal. No primeiro volume, carinhosamente me presenteado, lembrou de ALCIDES, justificando a necessidade da reprodução de seus

*Advogado e professor universitário. Palestra proferida em 7 de abril de 1988, no Instituto dos Advogados do Paraná.

escritos. No segundo, ao lado de penalistas estrangeiros e brasileiros, BETTIOL, NUVOLONE, REYES, CHAVES, LEIRIA e FRAGOSO, posicionou ALCIDES MUNHOZ NETTO, com a justificativa de ele lutar, denodadamente e com desassombro, nas trincheiras do direito penal, por um mundo livre e melhor. Claro está que o Catedrático PAULO JOSÉ assimilou a auto-intitulação de ALCIDES MUNHOZ NETTO, que se dizia um liberal a qualquer custo, porque, convictamente, como beneditino, pensava e trabalhava o Direito Penal, instrumentando-o ao asseguramento de elementares garantias humanas e as sobrepondo ao Estado, limitando-o, ao denunciar as falsas aparências protetivas do homem, garantidoras, isto sim, do agigantamento do poder estatal posto em detrimento do cidadão, ou, nas palavras de CAPELLA, reveladoras da composição do esqueleto do Estado moderno, jamais o conjunto de "poder, território e povo, a encobridora tripla tagarelice dos ideólogos fascistas (tagarelice que converte o povo em elemento do Estado), mas sim por um exército permanente, um segundo exército de funcionários e a polícia" (Sobre a extinção do direito e a supressão dos juristas, pg. 53). Todavia, difícil foi compreender porque situações de fato atrevidas prejudicavam ALCIDES MUNHOZ NETTO. Hoje as entendo: ele era um liberal a qualquer custo.

Senhoras e Senhores:

Discorrerei sobre o tema "Prisão Administrativa", hoje em voga no Brasil, tamanha a repercussão de seu envolvimento com situações concretas divulgadas, com alarido, pela imprensa. Elas não me impressionam porque retratam aquilo que sói acontecer. A luta contra a corrupção, infrutífera e promocional, sempre constituiu um círculo vicioso. É fruto do confronto entre vencedores e vencidos. Amanhã, irremediavelmente, estes se lançarão contra aqueles e seguirá, assim, a vida. Não quero perder tempo com o assunto, nesta sua perspectiva. Encarreguem-se dele os historiadores os sociólogos, os cientistas políticos, quiçá fazendo um alert. à comunidade: crer em "fuzilamentos alegóricos" (palavras do jornalista LUIZ GERALDO MAZZA, Revista Quem, coluna Momento, nº. 27) constitui ingenuidade.

Da prisão administrativa, forma anômala de encarceramento, trata a legislação ordinária, especificamente o Código de Processo Penal, art. 319; o Decreto-Lei nº. 3.415, de 10 de julho de 1941, art. 1º., e a Lei nº. 1.711, de 28 de outubro de 1952, Esta-

tuto dos Funcionários Públicos Civis da União, art. 214, este reprisado em normas estatutárias estaduais e municipais, à autorização de os estados e municípios legislarem sobre Direito Administrativo, nos limites de suas atribuições, ex vi do art. 8º., XVII, "a contrario sensu", da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº. 1, de 1969, não refere a existência da medida coercitiva. Apenas, no art. 153, §20, impede a concessão de habeas corpus a transgressões disciplinares, com cuja vedação sintoniza-se a parte final do art.647, do Código de Processo Penal, não confundíveis com outras situações abstratas a serem enumeradas oportunamente.

Para os que admitem a constitucionalidade da prisão administrativa, são os seguintes os pressupostos à sua incidência, decretável pelo Poder Público, sem o prévio controle do Judiciário: a) contra remissos (p.e., desleixados, desidiosos, tardios na entrega) ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo (CPP., art. 319, nº. 1); b) nos casos de alcance (p.e., apropriação ou desvio), remissão ou omissão em fazer as entradas ou entregas nos devidos prazos e nos casos de desvio de materiais (DL, 3415/1941); c) de apropriação do que pertença ou esteja sob a guarda da Fazenda Nacional (DL, 3415/1941); d) alcance ou omissão de responsável por dinheiro e valores pertencentes a Fazenda Nacional ou que se acharem sob a guarda desta em efetuar as entradas nos devidos prazos (Lei nº. 1.711/1952). Além desses casos, a lei processual penal trata do estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional (art. 319, II) e de demais casos previstos em lei (art. 319, III), a exemplo de alienígena a expulsar (por atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública, a economia popular ou por procedimento a torná-lo nocivo à conveniência e aos interesses nacionais, além das hipóteses de fraude ao ingresso ou permanência, sendo desaconselhável a deportação, daqui não se retirar em prazo marcado, tornar-se vadio ou se entregar à mendicância ou desrespeitar proibição imposta para estrangeiro, cfr. Lei nº. 6.815, de 19 de agosto de 1980, art. 65 e par. único), extraditar (entregar o estrangeiro a outro Estado para julgá-lo e puni-lo, idem, art. 76 e ss.) e deportar (p.e., entrada e estada irregular, sem se retirar o estrangeiro, voluntariamente, em prazo fixado, idem, art. 57). Igualmente, na legislação falimentar (DL. 7.661, de 21 de junho de 1945), existe a prisão administrativa, decretável judicialmente, à estimativa do art. 35: "faltando ao cumprimento de qual-

quer dos deveres que a presente Lei lhe impõe, poderá o falido ser preso por ordem do juiz, de ofício ou a requerimento do representante do Ministério Público, do síndico ou de qualquer credor". Por força do par. único do artigo citado, "a prisão não pode exceder de sessenta dias".

A atribuição para ordenar a prisão (sujeito ativo é o que a ordena) deve ser entendida restritiva e não ampliativamente. A restringir a liberdade, impede-se a analogia como fonte de integração. Indelegável a competência, circunscreve-se a prisão administrativa aos casos de ofensa aos cofres públicos (p.e., patrimônio da União, Estado e Municípios), dos quais refogem as autarquias ("o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada" (cfr. art. 5º, I, do Decreto-Lei nº. 200/67) e as entidades paraestatais (pessoas jurídicas de direito privado, criadas pela lei à execução de atividades impróprias do Estado, com patrimônio próprio, público ou misto, v. HELY, Direito Administrativo Brasileiro, pg. 329 e ss.) a abrangerem as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações instituídas pelo Poder Público e os serviços sociais autônomos.

Sujeitos passivos serão os agentes públicos, em cuja categoria também estão os funcionários públicos, e os particulares ("quem quer que haja contribuído, material ou intelectualmente, para a execução ou ocultação" de crimes, assevera o art. 1º, do Decreto-Lei nº. 3.415), nas hipóteses autorizadas de sua incidência e com a finalidade de compelir, num ângulo exclusivamente fiscal, a devolução de dinheiro ou de coisa pertencente ou que esteja sob a guarda da Administração Pública, revogável a constrição ao operar-se a dita devolução, ou, inoperada, atingido o termo ad quem do prazo de até noventa dias (art. 3º, da lei nº. 3.415/1941, e art. 214, §2º, da Lei nº. 1.711/1952).

Pode-se impetrar *habeas corpus* contra a imposição de prisão administrativa. Basta interpretar a contrário o art. 650, §2º, do Código de Processo Penal, e conceder o writ, se se provar quitação, depósito e fim do prazo de noventa dias. Ademais, hoje é pacífica a tese acerca de o Judiciário apreciar a ilegalidade da prisão administrativa, à estimativa dos §§4º, e 20, do art. 153, da Constituição Federal, (p.e., quando ordenada arbitrariamente, em ofensa a razões de conveniência e de oportunidade, ou baixada por autoridade incompetente). "Não se excluem da apreciação

judicial a legalidade do ato, o conhecimento e a verificação da competência da autoridade que impôs a pena" (TJSP, RT 466/322). A desfundamentação da decisão da autoridade administrativa é sanável pelo habeas corpus. Decisão inepta (p.e., mera indicação de dispositivos legais) ou desleal (p.e., desvirtuamento ou falsidade da motivação, às vezes reveladora de perseguição) autoriza a impetração do writ. "A prisão administrativa decretada pela prática de ilícitos e atos nocivos considerados genericamente" pode ser invalidada pelo habeas corpus, julgou o STF, no RE nº. 73.699, de São Paulo (RTJ. 62/524). "Prisão administrativa. Despacho não fundamentado. Constrangimento ilegal não caracterizado É necessário que indique os elementos concretos da existência de crime, do seu conhecimento e justifique sua aplicação" (TJSP, RT. 555/314). Infelizmente, no Paraná, o Egrégio Tribunal de Justiça, em tema de prisão administrativa e sua fundamentação, tomou caminho equivocado. Em acórdão publicado na Revista dos Tribunais nº. 441, pág. 443, decidiu, por maioria de votos, "que a decretação da medida pode carecer de motivação rigorosa, eis que se distingue da prisão preventiva". Uma coisa nada tem a ver com a outra. Primeiro porque, a tratar de habeas corpus, a natureza da medida constritiva, seja administrativa, seja preventiva, desinteressa. Segundo porque, tratando-se de coação à liberdade, a motivação constitui um autêntico direito subjetivo do sujeito passivo a ser alcançado pela coerção. Deve a Administração Pública motivar os seus autos em consonância dos fins da lei. A bem de ver, a Administração Pública é escrava da legalidade (só fará ou só omitirá aquilo que a lei manda fazer ou não fazer), da moralidade (cfr. HELY) ou da lealdade (cfr. CELSO ANTONIO) e da finalidade. Na verdade, para a validade da prisão, analisar-se-á sempre, sem pudores, no Poder Judiciário, se a custódia é legal, ética e público o seu fim. A omissão atenta contra a independência do Judiciário, ao invés de afirmá-la. DALMO DALLARI atentou para esta questão: "quando um Tribunal ou um juiz provoca ou facilita a atuação de uma força arbitrária, . . . os detentores da força irão perceber a existência de uma subserviência ou de uma fraqueza que servirá de estímulo para novas e mais ousadas ações arbitrárias, inclusive contra a própria magistratura. . . . Ninguém mais julgará digna de respeito e de confiança a magistratura que, traíndo sua missão constitucional, ajuda a subversão da ordem jurídica, por temor ou conveniência" (O Renascer do Direito, pg. 59).

Por isso, não me impressiono com a não abrangência do art. 650, §2º., do Código de Processo Penal. Corajosamente, os pretórios estão indo além dos poucos casos autorizadores de exame da decisão da autoridade não judiciária. "Prisão administrativa. Impetração de habeas corpus sob o pretexto de falta de amparo legal da medida e incompetência da autoridade que a impôs. Admissibilidade. A regra de que não cabe habeas corpus contra prisão de natureza disciplinar não é absoluta. O que não pode ser apreciado através do remédio heróico é a infração disciplinar em seu conteúdo específico, ou a justiça ou injustiça da punição. Todavia, não se excluem da apreciação judicial a legalidade do ato, o conhecimento e a verificação da competência da autoridade que impôs a pena. Conhecimento. Recurso provido" (TJSP, RT. 466/322).

Fosse interpretado sistematicamente o art. 650, §2º., do Código de Processo Penal, não se chegaria ao absurdo de o Judiciário negar habeas corpus a situação por ele amparáveis à precisa estimativa de proteger-se a liberdade do cidadão, maculada abusivamente. Aliás, fosse a lei aplicada, não se necessitaria buscar a tutela judicial através do remédio heróico — jurídico e político por excelência —, porque os magistrados, tão logo fossem comunicados da sua decretação pela autoridade administrativa, à ordem do art. 3º., do DL 3.415, de 10 de julho de 1945, encarregar-se-iam de examiná-la e de revogá-la ao desatendimento de postulados legais e de princípios elementares de Direito, como deviam agir a tratar-se em flagrante a prisão.

Esta mínima exposição de alguns aspectos acerca da prisão administrativa apenasmente visou a lhes apresentar o instituto, jamais a justificar um meu posicionamento favorável à legalidade e à legitimidade de excepcional constrangimento ao *status libertatis*. Sob este ângulo é que analisarei a coerção não advinda do Judiciário, a prisão sem condenação, jamais confundível com a preventiva, a em flagrante delito e a disciplinar.

Com efeito, preocupa-me a inconstitucionalidade da prisão administrativa, particularmente, negada a vigência do art. 153, §17, à cobrança de dívida.

Discordo dos que, a exemplo de JOSÉ ARMANDO DA COSTA (Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar), afirmam estar pacificada" essa questão da constitucionalidade da custódia administrativa, visto que os mais expressivos órgãos jurisdicionais do país são uníssonos em proclamar que essa medida coercitiva em nada agride a nossa Carta Política"

(pg. 222). Sou avesso a essa afirmação e não desconheço os posicionamentos contrários à tese da constitucionalidade. Creio, ainda, num Judiciário que, à exigência imposta aos advogados (cfr. art. 87, nº. 1, do Estatuto da OAB), é o guardião da Constituição.

Ora, forte é a corrente avessa ao encarceramento por decisão do Poder Executivo. Com efeito, há pouquíssimo tempo, os nossos constituintes, atentos à inconstitucionalidade da prisão administrativa, construíram esta regra à futura Constituição: "Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente" (cfr. art. 60., §24). A vingar, não creio que teremos nova Constituição, nos moldes da em produção e fruto dessa Assembléia Nacional Constituinte, esclarecer-se-á, definitivamente, uma já antiga polêmica. Autoridade competente para ordenar a prisão é a autoridade judiciária. Aliás, a tarefa constituinte de agora está em sintonia com o que dizia a Constituição Imperial de 1.824, no art. 179, nº. 10, porque ao tratar "da ordem escrita da autoridade legítima", excepcionado o flagrante delito, vinculava-a ao "juiz que a deu" (loc. cit.), pressupondo-se, assim, ser o Judiciário o sujeito ativo a ordenar a prisão.

Com a Magna Carta de 1946 limitou-se o âmbito de violação do estado de liberdade. O art. 141, §32, desautorizou "a prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei". Fórmulas idênticas são as da Constituição de 1967, art. 150, §17, e Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, art. 153, § 17.

Por exemplo, havendo peculato, o agente público seu autor e, eventualmente, terceiro, co-autor ou partícipe, poderão ser compelidos, sob prisão administrativa, a restituírem o valor do alcance?

Não, porque o Decreto Lei nº. 3.415, de 1941, e o art. 319, I, do Código de Processo Penal, foram revogados pela Constituição de 1946. A seu turno, o art. 214, da Lei nº. 1.711, de 1952, deixou de existir com a Constituição de 1967 e com a Emenda Constitucional nº. 1, de 1969.

Na linha da inconstitucionalidade, no Egrégio Tribunal Federal de Recursos, há os seguintes precedentes: HC 5.142-DP e 5.845-DF. No último, do Pleno, o acórdão tem a seguinte ementa: "Constitucional. Administrativo. Penal. Prisão Administrativa. Decreto-Lei 3.415/41. Inexistência de prisão civil por dívida, no direito brasileiro, salvo nos casos previstos no art. 153, §17,

da CF. Revogada, na ordem jurídica brasileira, a prisão administrativa, que tem por finalidade compelir as pessoas que tenham se apropriado de bens públicos a reparar o dano. **Habeas Corpus** deferido" (RDP, 70/206).

Reveste-se de simplicidade o argumento acerca da revogação. Entretanto, os seus não defensores sustentam que a reposição de valor de alcance não se subsume na vedação constitucional. Com a concretização da prisão — dizem — não se objetiva cobrar, reparar um dano, mas tão-somente a devolução, aos cofres públicos, do dinheiro apropriado ou da coisa desviada, restituindo-se a parte lesada ao *status quo ante*. Por isso, inaver prisão por dívida.

Ora, a sutileza do argumento espanta.

A mostrar que o alcance é gerador de uma dívida e que, pela prisão, almeja-se cobrá-la, imaginemos um outro exemplo: criminalmente, o agente público é condenado por peculato. Antes da condenação, ele não reparou o dano, sendo a reparação, hoje, um efeito genérico da condenação criminal ("tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime", preceitua o art. 91, I, da Nova Parte Geral de Código Penal). Que fará o Poder Público para se ressarcir do alcance? Cobrará a dívida (a conta, diria o leigo na sua linguagem pedestre). Como? Primeiro, liquidando o *quantum debeatur*, na forma dos arts. 586, §1º., e 603 e ss., do Código de Processo Civil. Depois, sendo a sentença penal condenatória imutável um título executivo judicial (CPC., art. 584, *caput*, e nº. II), liquidado o valor da condenação (portanto, líquido, certo e exigível o título — (CPC, art. 586), usará o Poder Público do processo executório. Cobrará o que? A conta, na terminologia do leigo, ou o débito, expressão utilizada pelo Código de Processo Civil, tanto que o executado é o devedor.

Se à satisfação do crédito exequendo o Poder Público não pode compelir o devedor a pagar-lhe por intermédio da prisão, quando já há uma sentença condenatória transitada em julgado — a Constituição Federal, no art. 153, §17, veda a providência — porque, quando nem instaurada ainda a ação penal, pode prender o funcionário autor de alcance? O processo penal, a sentença penal condenatória imutável, a liquidação e a execução civil são os pressupostos a tornar *dívida* o valor da apropriação ou do desvio? Claro que não. Por exemplo, seu pressuposto é o alcance, o que motivou o encarceramento sem culpa formada e à revelia

do Judiciário, o que propiciou a condenação criminal e o que embasou a ação de execução.

Continuemos.

A prisão administrativa não seria prisão. Tem o nome de prisão, mas não é prisão dizem os seus partidários. É mero meio coercitivo a compelir alguém a fazer alguma coisa. Só isso.

Se assim é, a prisão em flagrante e a prisão preventiva são o que? A conta do leigo?

Ora, há prisão sem condenação. Tanto há que, com a recente reforma da legislação punitiva, operada através da lei nº.7.209, de 1984, a **detração penal** — dever de o Estado juiz computar, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo da prisão, — estendeu-se à **prisão administrativa** (cfr. art. 42). Para FRAGOSO, "entende-se por detração penal o abatimento na pena a ser cumprida do tempo de **prisão já cumprida pelo condenado**" (Lições de Direito Penal, pg. 316). A seu turno, a Lei de Execução Penal (nº. 7.210, de 1984) reservou, para os presos administrativos, na falta de estabelecimento adequado, a seção especial da cadeia pública (art. 201). Dela o sujeito passivo só sairá se pagar a conta do leigo, ora, ora.

No passado, de 1940 até 1985 (a vigência da Nova Parte Geral de Código Penal iniciou em janeiro de 1985) descabia falar em detração para a prisão administrativa. Não havia permissivo legal a amparar a sua incidência, tanto que FREDERICO MARQUES, nos Elementos de Processo Penal, edição de 1965, escreveu: "A prisão administrativa não é computada na pena de prisão. . . . Inadmissível é a detração da pena no caso de prisão administrativa" (pg. 89), porque, continua FREDERICO MARQUES, "não se relaciona com o crime" (loc. cit.). Relaciona-se sim, tanto que em inocorrendo alcance, por exemplo, dela nem se cogitaria. Por isso, com a condenação criminal, reduzir-se-á, quantitativamente, do tempo da apenação a cumprir, o alusivo à prisão administrativa.

Para quem não sabe, em Direito, os juristas têm as suas manias. CAPELLA detectou-as. Conceitos jurídicos têm tanta utilidade como discutir quantos anjos podem poisar ao mesmo tempo na ponta da agulha da torre de igreja" (ob. cit., pág. 17), ou citando JHERING, lembra ser esquisito o jurista, pois corta os cabelos em sete partes (ob. cit., pg. 30). Há algo por trás disso tudo. O poder de manipulação dos conceitos e a própria linguagem jurídica são elementos de dominação. Refletem uma ideologia subjacente. Postos a serviço dos interesses do Estado, agitan-

tam-no mais e neutralizam a garantia constitucional e violam a liberdade do cidadão.

Se se partir a um outro argumento, o acerca do instituto que trata do depositário infiel, as coisas se tornam mais evidentes. Historicamente, na Constituição Imperial de 1824, a segunda parte do nº. 10, do art. 179, autorizava a prisão antes de culpa formada, se o seu destinatário não cumprisse "alguma obrigação dentro de determinado prazo".

Ora, na prisão administrativa não se oportuniza ao sujeito passivo a insurgência. Fosse ele depositário infiel, inequivocamente que, a prazo determinado, poderia se insurgir, utilizada a garantia do *due process of law*. Qual a razão de existência da ação de depósito do Código de Processo Civil (arts. 901 a 906)? Compelir o depositário a entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro (CPC., art. 901, nº. I). O depositário poderá contestá-la (CPC, art. 902, II), exercitando, desta arte, a ampla defesa e o contraditório, garantias constitucionais a espriarem-se para o domínio do processo civil (art. 153, §15).

Se ao conceito "dívida" deu-se, erroneamente, uma interpretação restritiva, para assim se afastar a inconstitucionalidade, agora, a tratar-se de depositário infiel, e com o mesmo objetivo, usa-se de conceituação ampliativa. Seria, por isso, constitucional a prisão administrativa do funcionário depositário infiel funcionalmente.

Ora, sistematicamente, do depósito necessário e legal tratam o Código Civil (art. 1.282, I) e o Código Penal (art. 168, §1º.). A tratar-se de depósito legal, exige-se uma especial qualidade do sujeito ativo, a saber, a de ser funcionário público. Com efeito, "entendemos que no depósito legal o agente sempre será funcionário público quer porque exerça cargo ou emprego público, quer porque desempenhe, transitoriamente, função pública (art. 327, CP)" (cfr. JULIO FABBRINI MIRABETE, Manual de Direito Penal, 2º. vol., pg. 258). Se o agente público dá ao bem depositado outra destinação, desviando-o portanto, comete ele peculato (CP. art. 312). Se o assenhramento é perpetrado pelo particular, *sponte sua*, sem alguma vinculação, material ou moral, à ação de agente público (p.e., desvio de valores alusivos ao IPI), incorrerá peculato. Tratar-se-á de apropriação indébita, sem a qualificação do parágrafo primeiro do art. 168, do Código Penal. "Só haverá apropriação indébita qualificada, quando o depósito necessário for miserável, porque se se tratar

de depósito legal, o crime será sempre peculato (art. 312, CP)" (FRAGOSO, Lições de Direito Penal, Parte Especial, vol. 1º., 372).

Mas, nem o agente público e nem o particular poderão ser atingidos por prisão administrativa.

O agente público não poderá ser compelido a devolver a coisa sob a ameaça ou sob a concretização da prisão administrativa baixada interna corporis, porque, apesar de a prisão ser permitida pelo art. 153, §17, da Constituição Federal, deverá a Administração Pública utilizar a ação de depósito. A parte final do dispositivo, ou seja, a locução "na forma da lei" deve ser vista sob a perspectiva da ação visando a compelir à devolução e não sob a de permitir a prisão administrativa em afronta a outros princípios elementares.

"Com efeito, o decreto de prisão administrativa, como se usava dizer nos julgados, expedido dos próprios da execução ou de outro processo em que se tivesse realizado o depósito, caracterizava uma nova modalidade de constrição pessoal, não prevista em lei e não precedida de qualquer das garantias e oportunidades de resposta asseguradas pelo sistema jurídico, ou sequer da possibilidade de pôr-se em dia o depositário, nos prazos e formas prescritos, com sua obrigação de restituir. Ora, se o Direito Constitucional só autorizava e só autoriza a prisão civil do depositário "na forma da lei", não há como admiti-la por qualquer forma que não se cinja rigorosamente aos limites e condições legais. Aí se tem de compreender — na expressão "na forma da lei" — não apenas a caracterização do depósito e da infidelidade do depositário segundo o direito material, mas também os trâmites igualmente definidos em lei para que a prisão chegue a ser realizada sem infringi-la. Estamos, aí, em pleno terreno das garantias individuais e da liberdade pessoal, onde não se podem aceitar larguezas de interpretação ou dispensas de formalidades cuja razão de ser não está na forma mesma, mas na garantia a que ela serve. Aliás, é surpreendente que, em tal matéria, haja preponderado na jurisprudência orientação menos liberal do que a preconizada *una voce* pela doutrina. Juízos e tribunais, por vezes, sobrevalorizaram a importância

da autoridade (própria) no confronto com a liberdade. . . . A decretação da prisão administrativa, sem a forma e sem os trâmites da ação de depósito, como supomos haver demonstrado, era já inadmissível no sistema do código revogado e, portanto, nada há que discutir quanto a lacunas do atual" (cfr. ADROALDO FURTADO FABRICIO, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo III, pgs. 173/4).

A seu turno, o particular também não poderá ser alcançado por prisão administrativa à alegação de prática de apropriação indébita (p.e., pelo desvio do IPI). Primeiro porque, não sendo funcionário público, à sua ação não incide a regra atinente ao depósito legal e, por isso, não sendo depositário de valores, desatende-se ao disposto no art. 153, §17, da Constituição Federal, na parte em que trata do depositário infiel. Segundo porque, longe de ser legal a prisão administrativa para a cobrança de dívida, ao Poder Público restará a ação de execução fiscal como única alternativa a haver crédito não recolhido pelo particular.

A liberdade é a regra. A prisão é a exceção. Por isso, o art. 153, §17, da Constituição Federal, deve ser visualizado restritivamente, sem os descabros de interpretação posta a serviço do Estado. Fiel à tese exposta neste trabalho, o Ministro CARLOS VELLOZO, do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, asseverou:

"Na interpretação constitucional deve sempre prevalecer o conteúdo teleológico da Constituição, que é instrumento de governo, além de ser elemento de restrição de poderes de amparo à liberdade individual. A finalidade suprema e última da norma constitucional é a proteção e a garantia da liberdade e dignidade do homem. A interpretação da lei fundamental deve orientar-se, sempre, para esta meta suprema. Em caso de aparente conflito entre a liberdade e o interesse do governo, aquela deve prevalecer sempre sobre este último, pois a ação estatal, manifestada através de normas constitucionais, não pode ser incompatível com a liberdade. O fim último do Estado é exercer o mandato dentro de seus limites . . ." (Habeas Corpus nº. 7.010, do Distrito Federal).

Ora, não há como confundir a prisão administrativa com as transgressões disciplinares, ao fim de reconhecer-se o descabimento de *habeas corpus*, à estimativa do art. 153, §20, *in fine*, da Constituição Federal. FRAGOSO tenta a equiparação, erroneamente, *data venia* (ob. cit., pg. 317). Não se trata de analisá-la à luz da disciplina imposta pela hierarquia funcional e da insurgência ao dever de obediência.

Confundi-la com a prisão preventiva é um contra-senso, posto que esta se submete ao crivo de situações peculiaríssimas do art. 312, do Código de Processo Penal. Não é crível possa a Administração Pública ordenar a prisão administrativa pretextando a garantia da ordem pública, a conveniência para a apuração de falta funcional e para que o funcionário não influa no seu esclarecimento e o assecuramento de aplicação futura da lei. A agir assim propiciaria a quebra do princípio da moralidade ou da lealdade e, como armadilha, impediria a utilização do writ (CPP, art. 650, §2º.), feridos de morte, ademais, os princípios da legalidade e da finalidade. A suspensão preventiva (Lei nº. 1.711/1952, art. 215) não se confunde com a prisão administrativa.

Portanto, Sr. Presidente, chego ao fim. Alonguei-me, eu sei. Assim agi em homenagem do seletto auditório. Num Estado de Direito que se diz autenticamente democrático, a ação da Administração Pública "está positivamente regulada e por isso só pode querer o que a lei permitir que o queira" (MARCELO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, pg. 451). Tal qual MIDAS é a Administração Pública. O primeiro foi contemplado por DIONÍSIO, tocava nas coisas e as transformava em ouro. A envolver-se o Estado com a vida, a relação adquire a natureza pública. A ambição de MIDAS levou-o à tortura. A da Administração Pública encaminha-a ao abuso. DIONÍSIO libertou MIDAS. A legalidade (com os desdobramentos da moralidade ou lealdade, finalidade e publicidade) libertará o homem certamente.