

DAS PRISÕES PROCESSUAIS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE: UM ENFOQUE ACERCA DO PSEUDO-PARADOXO DOS DOIS INSTITUTOS.

Rafael José Nadim de LAZARI¹

RESUMO: A presente obra vai debater os pontos nevrálgicos atinentes à constitucionalidade das prisões processuais frente ao Princípio da Não-Culpabilidade Antes do Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Ademais, será efetuada singela evolução histórica acerca deste Princípio e, derradeiramente, mostrar-se-á que se tratam na verdade de institutos complementares e não paradoxais.

PALAVRAS-CHAVE: Prisões processuais. Presunção de inocência. Garantismo penal. Devido processo legal.

1. INTROÍTO

Não são recentes os animosos debates que envolvem a natureza, validade e eficácia das prisões processuais frente ao Princípio da Presunção de Não-Culpabilidade (ou Presunção de Inocência) Antes do Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória, trazido como Direito Fundamental no Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

Duas décadas se passaram desde a promulgação da “Lei Max” que alçou o país ao seletorol dos Estados Democráticos e Sociais de Direito e, como

¹Discente em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo – Presidente Prudente/SP. Estagiário da Procuradoria da República em Presidente Prudente/SP. Aluno-pesquisador do Grupo de Iniciação Científica “Novos Rumos do Processo de Conhecimento”, sob orientação do Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza, das Faculdades Toledo de Presidente Prudente. Colaborador permanente da Revista Nacional de Direito e Jurisprudência. E-mail: rafa_scandurra@hotmail.com

conseqüência dos aterrorizantes anos que a Ditadura Militar provocara, tal “Magna Carta” caracterizou-se por ser a mais garantista pelas quais a nação brasileira já passou.

Clara e evidente, neste prumo, a preocupação do legislador, direta e/ou indiretamente, em resguardar a Liberdade como mecanismo norteador de todos os Direitos Fundamentais trazidos pela Constituição. Isto ocorreu, a bem de verdade escancarada, em razão da inexperiência democrática daqueles que pela Magna Carta lutaram, e pelo inevitável temor da volta dos “Anos de Chumbo” e as salas de tortura, confissões forjadas, e a ausência de um processo equânime e justo.

Assim, dentre outros direitos protecionistas à Liberdade, a Constituição Federal trouxe em seu Artigo 5º, inciso LVII, o princípio de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

De imediato, aprontaram-se inúmeros doutrinadores em acenar pela inconstitucionalidade das prisões processuais, isto é, pela abolição dos institutos de constrição cautelar de liberdade, utilizados em situações que serão explicitadas ao longo deste artigo, em razão de darem-se antes de uma sentença condenatória definitiva.

2. DAS PRISÕES PROCESSUAIS

Cuida o aludido instituto de mecanismo processual, provisório e excepcional, de supressão da liberdade em razão da existência de motivo ensejador à sua decretação, amparado no binômio: necessidade e fundamentação.

Desconstruindo o conceito *supra*, é preciso pensar que em se tratando de tais institutos, a liberdade é regra, sua supressão é exceção. Desta forma, a aplicação de uma medida provisória de constrição da liberdade deve dar-se somente em “*ultima ratio*”, em razão das conseqüências que a aplicação de tais medidas possa ocasionar àquele que é alvo destas.

Seguindo a linha de raciocínio, certas são as palavras de Marcelo Agamenon Goes de Souza (2004, p. 74):

Não existe medida causadora de maior degradação social e jurídica do que uma medida cautelar que prive a liberdade de alguém cuja autoria e materialidade ainda não se encontram soberbamente provadas. Por esse motivo, tais instrumentos devem ser utilizados com muita cautela por parte dos juízes, sem que tornem uma rotina.

Assim, quando se fala em prisões processuais, a saber, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível e a prisão decorrente de decisão de pronúncia, vem à tona algo que se dá em caráter provisório, cautelar, de modo que “[...] se apresenta como um remédio, um analgésico, de efeito quase imediato.” (DELMANTO JÚNIOR, 2002, p. 11)

Aduzidas as disposições primárias, passemos à sua utilidade prática: as prisões processuais são utilizadas em se verificando os pressupostos e requisitos da prisão preventiva elencados no Artigo 312 do Diploma Processual Penal, a saber, a contundência da autoria e da materialidade delitiva; e a garantia das ordens pública e econômica, o asseguramento da aplicação da lei e a conveniência da instrução, respectivamente.

Não bastasse tal fato, dada sua natureza cautelar e instrumental, devem estar presentes os elementos *“fumus boni juris”* e *“periculum in mora”*, aqui melhor adaptado como *“periculum libertatis”*, que é o risco de manter-se em liberdade um indivíduo que possa prejudicar o andamento da ação que lhe é movida, seja ausentando-se do distrito de culpa, seja dificultando, ocultando e manipulando provas, seja ameaçando testemunhas, bem como outros atos imorais e ilegais; em detrimento da previsibilidade em mantê-lo provisoriamente recluso a que a “fumaça do Direito” manifesta-se.

Em unidade de desígnios com o acima exposto, e acerca da natureza da prisão provisória, opina Júlio Fabbrini Mirabete (2003, p. 790):

É considerada um mal necessário, pois suprime a liberdade do acusado antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, mas tem por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Só se justifica em situações específicas, em casos especiais em que a custódia provisória seja indispensável.

Outrossim, a Constituição de 1988 prevê em seu artigo 5º, inciso LXI, isto é, em nível de direitos fundamentais, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, salvo nos casos de transgressão militar ou em crimes propriamente militares, definidos em lei.²

Conclui-se, portanto, que as prisões processuais, também constitucionalmente previstas como direitos inerentes ao ser humano, são um “mal necessário”, vista haja que, em havendo onde alicerçar-se, são absolutamente possíveis como medida assecuratória de um processo de resultado. Ademais, consoante já salientado, mostrando-se presentes os requisitos e pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que trata da prisão preventiva em sentido estrito, mas tem aplicabilidade ampliada a todas as espécies de prisões processuais; e aliando-os ao binômio necessidade/fundamentação (este último inclusive previsto no Artigo 93, inciso IX da Magna Carta Nacional), mostra-se perfeitamente plausível a sua decretação.

3. DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE

O Princípio da Presunção de Não-Culpabilidade Antes do Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória assim como o vemos hoje previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, é variação melhor adaptada do que um dia foi a presunção de inocência por ausência de provas.

Tal Princípio apareceu pela primeira vez nos idos de 1791, posteriormente à queda do absolutismo francês em decorrência de uma Revolução que significou o fim dos tempos modernos e o início da Idade Contemporânea, na forma genuína de “presunção de inocência”, como se pode perceber no disposto na Constituição

² Constituição Federal. Art. 5º, inciso LXI. Brasil.

Francesa de 1791: “Tout homme étant presume innocent jusqu’a ce qu’il ait été declare coupable.”³

Ainda, no que tange à sua origem, o aludido Princípio floresceu por questão de humanidade, inspirada na Ilustração Européia que veio pôr fim à “Idade das Trevas”, a qual representou para o pensamento mundial a Idade Média.

A este entendimento adere Roberto Delmanto Júnior (2001, p. 59):

[...] a declaração do direito à presunção de inocência surgiu para banir o sistema da prova legal e da tortura, oriundo das antigas ordálias ou juízos de Deus, tão freqüentes na Inquisição. Com ela, buscou-se a implementação, outrossim, do sistema da livre apreciação da prova, eliminando-se o pensamento de que o suspeito, que deveria provar a sua inocência perante à sociedade [...]

A diferença entre esta e aquela época é que lá, a presunção de inocência, como derivação do “*in dúbio pro réu*”, dava-se depois da sentença, já que era forma de absolvição do réu. Hoje, por outro lado, ela se dá antes da sentença penal condenatória e, consoante complementa Roberto Delmanto Júnior (2001, p. 67-68):

O direito à presunção de inocência, portanto, afigura-se como uma pilastra de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, abrangendo como referido não só a questão do ônus da prova, mas, também, a inadmissibilidade de qualquer tratamento preconceituoso em função da condição de acusado, do direito ao resguardo de sua imagem, ao silêncio que não importa em admissão de culpa, a local condigno que lhe seja destinado na sala de audiência ou no plenário do júri, ao não uso de algemas, salvo casos excepcionalíssimos e, por um fim, a cautelaridade e excepcionalidade da prisão provisória [...] (grifo dele)

Oportunas, neste diapasão, as palavras de Marcelo Agamenon Goes de Souza (2004, p. 60):

Verificamos que pelo princípio da presunção de inocência, o que realmente se pretendeu foi defender os acusados dos excessos que decorrem da suspeita de culpabilidade, tutelando-o contra os rigores próprios da atividade inquisitiva e não da prisão provisória arbitrária.

³ “Todo homem é inocente até que ele seja declarado culpado.”

Verifica-se, portanto, que hodiernamente a Presunção de Não-Culpabilidade (ou Presunção de Inocência) Antes do Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória mostra-se como medida eficaz de justiça, haja vista aludir às condições de tratamento do acusado dentro do processo e a sua não-imputação prévia de um delito, dada a inexistência de uma sentença penal condenatória e, mais do que isso, representa uma maneira de proteger-lhe a honra do preconceito da sociedade que encara sua prisão processual como uma prisão em “caráter definitivo” quando esta, na verdade, ainda não ocorreu.

Salienta-se, por fim, que, no tocante ao ônus da prova, tal Princípio serve para garantir ao acusado que ele preocupe-se apenas em defender-se das acusações que lhe forem feitas, isto é, não lhe compete demonstrar que é inocente, mas sim à outra parte demonstrar que o indivíduo é culpado e, enquanto isso não ocorre, presumir-se-á sua não-culpabilidade.

4. DO CONFRONTO ENTRE OS DOIS INSTITUTOS

Consoante fora enfatizado, com o advento da Constituição de 1988 e seu caráter garantista que trouxe, dentre outros dispositivos protetivos da Liberdade, a Presunção de Não-Culpabilidade Antes do Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória; logo principiou uma peleja doutrinária acerca da controvérsia entre este Princípio e o Instituto das Prisões Processuais.

Em face disso, várias foram as reações acerca do *supra* alegado: houve quem dissesse, a título ilustrativo, que a despeito da Presunção da Não-Culpabilidade, “[...] o imputado é sempre, e só, imputado, para o fim de desenvolvimento do processo e durante o processo. Então não é considerado nem inocente, nem culpado.” (SABATINI, 1948, p. 38-39 *apud* DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 62)

Sob outra ótica, defendendo o caráter repugnante das prisões processuais manifestou-se Fernando da Costa Tourinho Filho (1994, p. 416):

Já vimos que toda e qualquer prisão decretada antes da condenação é, realmente, medida odiosa, uma vez que somente a sentença, que põe fim ao processo, é a única fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena.

Ainda, agindo com caráter questionador acerca da cautelaridade das prisões processuais posicionou-se Roberto Delmanto Júnior (2001, p. 83):

Os conceitos de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, todavia, não se ajustam, com exatidão, ao tratamento das medidas cautelares constrictivas da liberdade previstas em nosso processo penal. A fumaça do bom direito e o perigo da demora do processo, diante das peculiaridades da imposição de qualquer modalidade de prisão provisória, não satisfazem.

Entretantes, opostamente aos que defendem o antagonismo destes dois Institutos, entende o Autor desta obra pela complementaridade destes, vista haja sua disposição tópica no mesmo artigo da Constituição Federal, a saber, aquele que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, e, não bastasse tal fato, atuam em mesmo sentido dentro do processo.

Como espeque ao exposto, são sábias as palavras de Marcelo Agamenon Góes de Souza (2004, p. 60):

[...] não existe confronto entre o princípio da presunção de inocência e o instituto processual da prisão cautelar, desde que essa seja decretada, em caráter de exceção, devidamente fundada nas hipótese legais previstas, não se admitindo a sua decretação automática e sem que haja sido demonstrado a sua necessidade.

Nesta esteira, complementa o autor (2004, p. 61):

Quando o inciso LVII do Art. 5º da Constituição Federal estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, é inquestionável que não se afirma que o acusado deva, em todo o transcorrer da investigação policial e do processo judicial, permanecer livre e que nenhum poder cautelar possa ser, contra ele, exercido.

Oportuno frisar, ademais, que tanto o Instituto das Prisões Processuais bem como o Princípio da Presunção de Não-Culpabilidade (ou Presunção de Inocência) Antes do Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória, dispostos respectivamente nos artigos 5º, inciso LXI, e 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988; encontram-se inseridos na Cláusula do Devido Processo Legal prevista no mesmo artigo 5º, inciso LIV, da Magna Carta Nacional, isto é, partindo da premissa de que tais institutos são complementares, compete à Cláusula do Devido Processo Legal regularizá-los, de forma que a prisão processual vai assegurar a aplicação da lei em havendo o binômio necessidade/fundamentação, visando a um resultado do processo; e a Presunção de Não-Culpabilidade se encarregará de dar dignidade ao acusado, privando-lhe das prováveis humilhações que possam ser ocasionadas, bem como dando a seu favor o ônus da prova de mostrar não ser o culpado e não de ter de provar sua inocência.

Visando coroar os argumentos mencionados nos parágrafos antecedentes acerca da não-conflitância entre os dois Institutos, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

O inciso LVII do art. 5º da Constituição, ao dizer que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*, dispõe sobre a culpabilidade e as conseqüências de seu reconhecimento para o réu; não dispõe sobre a proibição da prisão em flagrante, sobre a prisão preventiva nem sobre a execução provisória do julgado penal condenatório, quando esgotados os recursos ordinários. A prisão preventiva do réu, de natureza processual, objetiva garantir a aplicação da lei penal e a execução provisória do julgado, não dizendo respeito ao conhecimento da culpabilidade. O inciso LXI do art. 5º da Constituição prevê hipóteses de prisão cautelar, tornando constitucionais as normas de legislação ordinária que dispõem sobre prisão processual, inclusive para execução provisória do julgado quando pendente recurso de índole extraordinária, como o especial e o extraordinário (art. 27, 2º, da Lei nº 8032/90. Precedentes" (HC 74.972-1-SP-DJU de 20-6-97, p. 28.472)

Neste prumo também já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Amapá:

O princípio da presunção de inocência insculpido no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal, não impede a adoção de medidas cautelares contra a liberdade do réu, entre estas a prisão preventiva; impede somente a aplicação da sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (RDJ 8/336)⁴

Por derradeiro, com o escopo-mor de pacificar as discussões doutrinárias e judiciais acerca do assunto, editou o Superior Tribunal de Justiça a Súmula nº 9, dispondo que a exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Assim, pode-se perceber que o Superior Tribunal de Justiça realizou o “casamento” dos Institutos da Prisão Processual e da Presunção de Não-Culpabilidade, de maneira que se reconhece que um não nega o outro, mas, ao contrário, complementam-se, haja vista que, ao legalizar a prisão provisória para apelar automaticamente reconheceu-se que não é lesada a Presunção de Não-Culpabilidade Antes do Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória.

5. CONCLUSÕES

Postas as cartas na mesa, conclui-se não consubstanciar ofensa à “Magna Carta” de 1988, em seu Artigo 5º, inciso LVII, que trata da Presunção de Inocência (ou de Não-Culpabilidade) Antes do Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória; a necessidade da supressão provisória da liberdade do acusado.

O direito à Presunção de Não-Culpabilidade é, de fato, alicerce fundamental de um Processo Penal equânime e justo e, mais do que isso, integra o universo sagrado dos Princípios que o compõem o Estado Democrático de Direito.

Entretanto, mostra-se o artigo 5º, inciso LXI, do texto constitucional, que trata da possibilidade da prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, como um suposto dispositivo capaz de tornar

⁴ Extraído de MIRABETE, Júlio Fabbrini. “Código de processo penal interpretado”. 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2003. Pg. 791.

obsoleta a presunção de não-culpabilidade, dando a idéia de que o legislador quis “dar o direito com uma mão e tirá-lo com a outra”.

Em verdade, cuida a afirmação *supra* citada de um sofisma. Este inciso deve ser interpretado sob dois ângulos: o primeiro, de exclusão, isto é, quando o legislador constituinte permitiu a constrição cautelar do acusado, quis defender a liberdade dos que continuam a conviver harmoniosamente em sociedade, a despeito de desculpas de que esta é cada vez mais “impessoal” e “cruel”.

O segundo ângulo remonta à regulação deste inciso, topicamente disposto no mesmo artigo em que também se situa a Presunção de Não-Culpabilidade (Artigo 5º), ambos alçados à categoria de direitos fundamentais; por um terceiro dispositivo, também do quinto artigo da Constituição Federal, o qual diz que “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Artigo 5º, inciso LIV, CF/88).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, vislumbrando a uniformização jurisprudencial e visando acalmar os ânimos até então exaltados pelas discussões acerca da conflitância ou da complementaridade destes dois institutos, editou a Súmula nº 9, que dispôs que a exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Desta maneira, fica cristalino que não basta ao Processo Penal ser justo, igualitário; deve visar também a um resultado, isto é, a aplicação da atividade jurisdicional prestada pelo Estado – Juiz através da sentença.

Quando o legislador acenou à presunção de não-culpabilidade em 1988, objetivou afastar o temor que os últimos vinte anos de Ditadura haviam causado ao país. Entrementes, ao legalizar as prisões processuais (convém lembrar que regulamentou-se até mesmo a Prisão Temporária, pela Lei nº 7960/89, vindo esta substituir a chamada “prisão para averiguação”) olhou para o “fim” do processo, com o término da fase cognitiva e o início da fase executória. Assim, a exigência da

comprovação do binômio necessidade/fundamentação, bem como a presença dos pressupostos e requisitos do artigo 312, da Lei Adjetiva Penal, serviu para regular as hipóteses de prisões processuais, na busca por uma maneira mais eficaz de proteção à sociedade e do desenvolvimento válido e regular do processo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, Luiz Antonio. **Prisão e liberdade provisória : lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 1997.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 5º, inciso LXI. Brasil.

DALABRIDA, Sidney Eloi. **Prisão preventiva – uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá. 2004.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 3ª ed. São Paulo: Renovar. 2001.

GOES DE SOUZA, Marcelo Agamenon. **Cautelaridade da prisão preventiva**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias. 2004.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2003.

MUCCIO, Hidejalma. **Prisão e liberdade provisória: teoria e prática**. Jaú: HM Editora, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal - vol. 3**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994.

VILELA, Alexandre. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed. 2005.