A COMPATIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA E O ESTADO DE INOCÊNCIA

Jéssica Suellen Santana Danelon, Pablo Rodrigo França

Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, curso de Direito, Presidente Prudente, SP. E-mail: jessica_santana02@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade abordar, de maneira resumida, a compatibilidade dos institutos da prisão preventiva e do princípio da presunção de inocência, uma vez que a liberdade do indivíduo é uma garantia expressamente consagrada na vigente Constituição Federal e, assim, a regra a ser aplicada pelos direito. Além, hodiernamente diversos outros institutos (medidas cautelares alternativas, fianças, juizados especial criminal, audiência de custódia, etc) foram criados ou efetivados o que, certamente, ratificam o norte da atuação política e jurídica do direito penal pelo não encarceramento, salvo quando essencialmente necessário. Este foi o objetivo deste ensaio para entender se a prisão preventiva pode ser ainda considerada legítima no atual sistema.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Princípio. Presunção de Inocência. Compatibilidade.

THE COMPATIBILITY OF PREVENTIVE PRISON AND THE STATE OF INNOCENCE

ABSTRACT

The purpose of this article is to summarize the compatibility of the institutes of pre - trial detention and the principle of presumption of innocence, since the freedom of the individual is a guarantee expressly enshrined in the current Federal Constitution and, Be enforced by law. In addition, nowadays several other institutes (alternative precautionary measures, bail bonds, special criminal courts, custody hearing, etc.) have been created or enforced, which certainly confirm the northern political and legal action of criminal law for non-incarceration, except when essentially required. This was the purpose of this essay to understand whether pre-trial detention can still be considered legitimate in the current system.

Keywords: Pretrial detention. Principle. Presumption of Innocence. Compatibility.

INTRODUÇÃO

A sociedade clama por políticas criminais mais eficientes e por punições sempre mais rígidas, em uma política de encarceramento, o que pode induzir ao legislador a adotar certas medidas mais invasivas, porém, que não possam macular princípios ou direitos elencados na Constituição Federal.

Nesse sentido, o presente trabalho exalta especialmente o estado de inocência onde o indivíduo só será considerado culpado após o transito em julgado de uma decisão irrecorrível. Logo, para validade de qualquer espécie de prisão cautelar (sem-pena) é imprescindível não se fundamentar na culpa efetiva (que é anunciada apenas na sentença final), ou seja, outros motivos essenciais que justificam a exceção devem estar incontestes, ou, se assim não for, colocaria todo o sistema processual legítimo em risco para a possível prática de injustiças com a antecipação de pena.

Com o advento da lei 12.403/11, a prisão preventiva deve ser considerada a última “*racio*”, devendo o magistrado somente aplicar tal modalidade depois de verificar que as alternativas elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal são ineficazes ao caso. Além, que os

requisitos e fundamentos do mesmo estatuto repressivo estejam devidamente preenchidos, com a necessidade indubitosa.

Deste contraste, entre atender aos anseios da sociedade por políticas criminais mais invasivas ou de massificação prisional, fruto da real e crescente violência, e atender com eficiência os ditames do princípio da não culpabilidade ou inocência é o que objetiva e intenciona esse trabalho, ou seja, uma análise crítica do aparente conflito entre a possibilidade processual de restrição da liberdade antes da condenação definitiva do acusado e o princípio do estado de inocência.

METODOLOGIA

Nesta pesquisa aplicou-se o estudo doutrinário, jurisprudencial, normativo e artigos científicos, inclusive eletrônicos, sobre o tema, com a utilização principal do método hipotético-dedutivo.

O objetivo será a abordagem, mesmo que sintética, da convergência ou absoluta divergência entre o atual sistema teórico e a prática do encarceramento, com os direitos fundamentais anunciados expressamente, notadamente o princípio da inocência.

Foi dada importância ao método científico como agente sistematizador, organizador e disciplinador na realização do trabalho visando explorar realidades, descrever paradigmas e propor uma discussão crítica e acadêmica, com a simples e ousada proposta de reflexão entre os estudantes de direito sobre a temática e eventual prejuízo que possa acarretar.

RESULTADOS

No Brasil, a prisão preventiva é medida de segregação cautelar, subsidiada pela necessidade da custódia, desde que preenchidos diversos requisitos, fundamentos e motivações legais, que em nada se confunde com o apontamento de culpa certa buscada pelo titular da ação penal nas sentenças condenatórias transitadas em julgado.

Confundir o instituto com o princípio da presunção de inocência é engessar ou decretar de morte a persecução penal e o dever-poder do Estado em buscar recuperar ou manter a ordem social no aspecto da segurança pública.

A prisão preventiva, mesmo que sem pena, é a também responsável em possibilitar o direito à segurança (seja da vítima, testemunha, do próprio averiguado, da sociedade ou do processo penal propriamente dito) que, conforme é sabido, também pertence ao rol de direitos fundamentais dos indivíduos, de maneira coletiva, que se compatibiliza, em tese, com todas as demais normas garantistas, não verificando conflito de direitos, especialmente da presunção da inocência, pois, repita-se, se justifica por fundamentos diversos onde, nesta espécie de prisão, não se discute culpa, apenas os indícios razoáveis de autoria, materialidade e a sua imprescindível necessidade.

DISCUSSÃO

O princípio da presunção de inocência adquiriu relevante importância em nosso ordenamento jurídico em 1988, notadamente com o advento da Carta Magna, onde em seu artigo 5º, LVII, anuncia expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Contudo, o instituto e seu entendimento já haviam atingido o seu ápice na Declaração de Direito do Homem de 1789 em seu artigo 9º:

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Por ser uma norma constitucional, declinado pelos doutrinadores constitucionalistas como norma hipotética fundamental, tem alcance em todo o ordenamento jurídico. Tal princípio consagra duas garantias ao acusado: a primeira no estado probatório (ônus da prova), onde quem acusa deve provar o que está alegando e não o acusado que deve mostrar sua inocência, o que deriva assim, a absolvição em caso de dúvida; e a segunda refere-se ao tratamento imputado ao acusado onde esse não deve ser equiparado a culpado antes da condenação (GOMES FILHO, 1992).

A prisão preventiva encontra-se no Código de Processo Penal Brasileiro entre os artigos 311 e 316. É considerada uma espécie de medida cautelar de natureza pessoal, diferente da “prisão-pena”. Justamente por este fato é denominada de prisão provisória, já que não decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado, ao contrário da “prisão-pena” que decorre de uma sentença penal condenatória com a referida qualidade.

No estatuto repressivo originário prevalecia quase que exclusivamente a preocupação com a segurança pública sobre o interesse privado, onde se pautava na culpabilidade e periculosidade do agente. Com o advento da Constituição Federal de 1988, foram implantadas amplas garantias individuais, como por exemplo, a garantia expressa e já suprarreferida - art. 5º, LVII (PACELI, 2017).

Durante anos prevaleceu o entendimento de que só caberia à execução da sentença quando tivesse pendentes apenas recursos sem o efeito suspensivo. Porém, a Suprema Corte mudou o seu entendimento onde, em síntese, asseverou que a prisão preventiva poderia ser realizada de forma cautelar.

Esse entendimento foi confirmado com o advento da Lei 12.403/11, que alterou ao artigo 283 do Código de Processo Penal, lançando de maneira incontestada:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Na visão de Renato Brasileiro de Lima a prisão preventiva é conceituada da seguinte forma:

...é uma espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado, ou a requerimento do MP), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes às medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319) - (2012, p. 247).

Os requisitos para a decretação da prisão preventiva são sempre no mínimo três: prova da existência do crime (materialidade), dos indícios suficiente de autoria e uma das situações ou hipóteses (ou fundamentos) descritas no art. 312 do mesmo estatuto, a saber: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; e/ou d) garantia de aplicação da lei penal (NUCCI, 2015).

Para enaltecer ao entendimento e na dicção de Maria Thereza Rocha de Assis Moura: “indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo”.

Há que se notar que embora haja o sistema da persuasão racional, uma pessoa não pode ser condenada por um simples, frágil e isolado indício, deve ser um plural de indícios, ou sendo

único, deve ser um indício com alto potencial incriminador. Não pode ser meras suspeitas, já que não é possível construir certezas em cima de meras probabilidades. Apesar de não se exigir certeza, exige-se certa probabilidade, não se contentando a lei com a mera possibilidade.

Assim diz Aury Lopes Jr.:

Indícios são provas circunstanciais, sinais aparentes e prováveis de que uma coisa existe. Se antes já se repudiava o indiciamento quando resultante de ato arbitrário da autoridade policial, porém sem nenhuma previsão formal, agora o Delegado de Polícia possui o encargo legal de fundamentar de forma coerente o ato de indiciamento, mostrando as provas e circunstâncias que apontam para a comprovação da materialidade e da provável autoria. (2014, 233).

Na mesma linha Nucci defende:

O indício suficiente de autoria é a suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, feito, como regra, muito antes do julgamento de mérito. Cuida-se de assegurar que a pessoa mandada ao cárcere, prematuramente, sem a condenação definitiva, apresente boas razões para ser considerada como agente do delito. Lembremos ser o *indício* uma prova indireta, como se pode ver do disposto no art. 239 do CPP, permitindo que, através do conhecimento de um fato, o juiz atinja, por indução, o conhecimento de outro de maior amplitude.

Sobre os fundamentos precitados no artigo 312, continuou o autor discorrendo que a garantia da ordem pública deve ser analisada por alguns fatores, como por exemplo: a gravidade da infração, assegurar a tranquilidade social e a periculosidade do agente (probabilidade de tornar a cometer delitos). Contudo, não pode ser aplicada a prisão preventiva automática somente por o crime ser hediondo, pois embora seja grave, pode ter sido praticado por um agente sem nenhum perigo ou repercussão social (NUCCI, 2015).

Já a garantia da ordem econômica é aplicada as infrações penais que afetam à ordem econômica, ou seja, aquelas praticadas por grandes empresários e agentes públicos, especialmente nos denominados “crimes do colarinho branco”, onde encontramos condutas que podem transparecer formação de monopólio, lavagem de capitais, evasão de divisas, outros. O alcance da prisão preventiva por este fundamento se direciona as pessoas com poderes de direção, prevalecendo-se de cargo, empresa ou função.

A conveniência da instrução criminal, é aplicada para preservar a produção de provas evitando com que o agente destrua, oculte ou de qualquer forma, ofereça embaraços à coleta ou formalização de provas, pois, o intuito é a busca da verdade real, mesmo que da inocência.

Por fim, sobre a temática, a hipótese em assegurar a futura aplicação da lei penal resume-se quando há evidente risco de fuga do suspeito ou do distrito da culpa (NUCCI, 2015).

Além, o rigor da decisão excepcional de decretação da prisão cautelar é verificado quando, mesmo que presentes os fundamentos, são necessários que estejam preenchidos os requisitos do artigo 313 do vigente Código de Processo Penal, nos incisos I, II, e III, e parágrafo único, alternativamente, ou seja, somente quando o crime for doloso punido com pena privativa de liberdade com pena máxima superior a 4 (quatro) anos; reincidente pela prática de crime doloso; quando envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência

ou quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento.

Recorda-se apenas, pela importância, que caso não estejam evidentes os fundamentos e nem os requisitos (artigos 312 e 313, Código de Processo Penal), de acordo com o artigo 283, § 1º da mesma norma, se houver presente o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, poderá ser decretada uma medida cautelar diversa da prisão, já que em relação a esta, basta que à infração penal seja cominada pena privativa de liberdade (BRASILEIRO, 2016).

Outro tema interessante de ser salientado é que se forem evidenciados recursos oferecidos pela defesa de teor meramente protelatório, os Tribunais Superiores tem admitido que a pena fosse executada mesmo antes do trânsito em julgado, pois entendem que há a violação ao princípio da cooperação e o exercício irregular de defesa e duplo grau de jurisdição (BRASILEIRO, 2016, 23).

Nos casos envolvendo menores infratores, a jurisprudência vem defendendo que os recursos oferecidos têm simplesmente efeito devolutivo, pois a intenção da intervenção do Poder Judiciário é da recuperação e proteção do jovem infrator e não o efeito da pena retributiva. Logo, não há que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência ao iniciar de imediato a execução.

De todo o descrito fica reluzente de que ao executar uma medida restritiva, especialmente quando há afronta a direito fundamental como o da liberdade, deve se analisar em convergência ao princípio da adequação. Assim, se o objetivo é evitar à fuga do acusado a medida adequada não poderá ser a que proibição de contato com certas pessoas. Fica cristalina a preocupação do preenchimento de diversos quesitos legais e principiológicos para a medida invasiva, justamente em garantia a presunção da inocência.

Nesse sentido Renato Brasileiro ensina que a adequação deve ser num plano qualitativo e quantitativo:

A adequação quantitativa cuida da duração e da intensidade da medida em relação à finalidade pretendida. Supondo-se que uma prisão preventiva tenha sido decretada para assegurar a conveniência da instrução criminal, uma vez concluída a instrução processual, a medida deve ser revogada, a não ser que haja outro motivo legal que justifique a segregação do acusado. Por derradeiro, a adequação na determinação do âmbito subjetivo de aplicação diz respeito à individualização do sujeito passivo da medida e à proibição de extensão indevida de sua aplicação (2017, 77).

Grande crítica ao Estado Brasileiro e normas é o fato de não existirem limites formais ou concretos para a duração do processo penal. Com isso, muitos suspeitos poderiam permanecer custodiados cautelarmente, sem a prisão pena, aguardando o julgamento, o que de fato ultrajariam diversos outros princípios garantistas, como a inocência presumida, a razoável duração do processo, a proporcionalidade, a fraternidade e tantos outros humanitários.

Nesse sentido Nucci explica que:

...quem estiver sujeito a uma pena variável de 4 a 10 anos (roubo, art.157, CP), não possuindo outras condenações, não poderia ficar detido, sem culpa formada, por mais de um ano. Fere a razoabilidade, uma vez que, ainda argumentando, se condenado, em primeiro grau, a seis anos de reclusão, já poderia conseguir, pela via da execução provisória da pena (outra realidade na jurisprudência brasileira), a progressão para o regime semiaberto. Ora, inviável, então, manter alguém no cárcere por mais de

ano, sem a conclusão da instrução do processo em primeira instância (2015, 88).

Sobre esta problemática e com acerto peculiar, colocando uma pá de cal que organiza e aniquila excessos desprezíveis que possam ocorrer, Aury Lopes Jr. destaca a exigência da permanência dos requisitos e fundamentos que ensejaram a medida segregadora, não apenas no pedido, mas, por todo o tempo do cumprimento excepcional, sob pena de imediata soltura:

Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. O desaparecimento de qualquer uma das “fumaças” impõe a imediata soltura do imputado, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão (2014, 578).

CONCLUSÃO

De todo o exposto acima, fica indiscutível a preocupação do legislador brasileiro ao expressar, não apenas de maneira exegetica, mas, anunciando como direito fundamentalizado o princípio do estado de inocência. Ou seja, entre outros direitos reluz a decisão de garantir ao cidadão dezenas de institutos contra eventuais tentativas de arbitrariedades cometidas pelos órgãos estatais.

Assim, assumiu a liberdade como mote jurídico. A exceção é pela segregação social e, na regra da exceção, para fins de ressocialização na prisão-pena. E, tão certo, apenas na conhecida exceção da exceção e, desde que preenchidos diversos requisitos, fundamentos e motivações subjetivas é que uma prisão sem pena, como a prisão preventiva, possa ser decretada. Prisão essa com sustentação exclusiva aos motivos lançados e no tempo imprescindível.

Desse modo, o objetivo desse estudo foi pela reflexão de convergência entre os institutos e princípios, onde a exceção confirma a regra, mas, não a exclui. Embora a regra seja a liberdade do indivíduo, a prisão cautelar (que não é fundamentada na culpa) não fere, em verdade aborda motivações e fundamentos diversos, ao princípio do estado de inocência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 de agosto de 2017.

BRASIL. **Código de Processo penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 01 ago.2017.

BRASIL. **Altera o Código de Processo Penal**. Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em 1 Ago.2017.

BRASILEIRO, Renato de Lima. **Nova Prisão Cautelar doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: 2012.

FRANÇA. Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. França, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 2 Ago.2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre. V.5. n. 1. P. 17-19, 1992.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 38.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21º ed. São Paulo: Atlas, 2017.