

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COMO NORMA DE TRATAMENTO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Marcos Antonio Santos Bandeira

Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Itabuna.
Especialização em Direito Processual Civil. Especialização em Ciências
Criminais. Mestrando em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cida-
dania – UFBA. E-mail: <marcos.bandeira@hotmail.com>.

Resumo: O presente artigo trata do princípio da presunção de inocência como norma de tratamento, objetivando demonstrar a sua atual efetividade no ordenamento jurídico brasileiro. A análise da temática perpassa pela relação sutil e tensa do princípio constitucional da inocência com as prisões provisórias, ou mesmo com a sentença condenatória recorrível ou a decisão de pronúncia. O princípio da presunção de inocência como norma de tratamento exige que se trate o acusado de uma infração penal durante toda a persecução penal como provável inocente até que sobrevenha uma decisão condenatória transitada em julgado, evitando assim, decisões provisórias que traduzam verdadeira antecipação de pena. A prisão cautelar deve se apoiar em razões de ordem cautelar e processual, em face de determinado comportamento do imputado, e não em matéria de mérito. A efetividade do princípio constitucional de inocência sinaliza a opção do constituinte brasileiro em observar as garantias processuais e constitucionais na apuração de um fato delituoso, no sentido de assegurar a todo o acusado o direito de ser submetido a um julgamento justo. Este é o verdadeiro desiderato de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Norma de tratamento. Prisão provisória. Razões cautelares. Antecipação de pena.

Resumen: “En este trabajo se aborda el principio de presunción de inocencia como un tratamiento norma, con el objetivo de demostrar su eficacia en la ley brasileña actual. El análisis del tema aborda la relación sutil y tensa del principio constitucional de inocencia con la detención provisional, o incluso la sentencia apelada de la decisión o la pronunciaci3n. La presunci3n de inocencia como un tratamiento norma exige que el imputado de un hecho criminal sea tratado durante el proceso penal como probable inocente hasta superado una sentencia condenatoria definitiva, evitando as3 las decisiones provisionales que corresponda verdadera anticipaci3n de la pena. La pris3n cautelar debe fundarse en razones cautelares y de procesales, por causa de un determinado comportamiento del imputado, y no en el m3rito. La efectividad del principio constitucional de inocencia, se3ala la opci3n de Brasil constituyente en observar las garant3as procesales y constitucionales en la determinaci3n de un hecho criminal, con el fin de asegurarse de que el imputado tenga ?el derecho a someterse a un juicio justo. Este es el verdadero desideratum de un Estado democr3tico de derecho.

Palabras clave: Presunción de inocencia. El tratamiento norma. Prisión provisional. Razones cautelares. Anticipación de la pena.

1. Introdução

A doutrina de uma forma geral aponta que o Código de Processo Penal é o espelho ou vitrine de um Estado, de sorte a afirmar que a ideologia política, o regime de Estado é identificado pelo conjunto de normas e princípios abarcados em seu estatuto processual penal. Pode-se afirmar, com efeito, que determinado Estado é totalitário ou democrático pela forma como é aplicado o seu *jus puniendi*, depurando-se nessa análise se o foco da intervenção estatal está mais voltado para a defesa social ou para a aplicação da justiça com a observância estrita dos direitos e garantias individuais dos acusados da prática de uma infração penal.

Nessa perspectiva pode-se afirmar que o nosso Código de Processo Penal de 1941, de inspiração nazi-fascista, porquanto teve como fonte o Código Rocco Italiano, era de concepção manifestamente autoritária. O princípio reitor do Código de Processo Penal era o princípio da presunção da culpabilidade, pelo qual bastava atribuir a alguém a prática de uma figura típica para que assim fosse considerado e tratado como possível culpado durante toda a persecução penal.

O legislador Constituinte Brasileiro de 1988, no afã de modificar este modelo de Estado autoritário de forma definitiva e sem querer correr maiores riscos, resolveu elevar a status de cláusula pétreo o princípio da presunção de inocência, inscrevendo-o no Art. 5º, LVII da nossa CF, constituindo-se no princípio reitor do processo penal e pelo qual é identificado o Estado Brasileiro como um Estado Democrático de Direito. Como base no princípio da presunção de inocência qualquer pessoa acusada de um crime deve ser considerado e tratado durante todo o desenvolvimento do processo como possível inocente, até que sobrevenha uma sentença condenatória transitada em julgado.

Este trabalho abordará o princípio da presunção de inocência como norma de tratamento, abordando o seu conteúdo e área de abrangência de sua incidência, bem como a resistência identificada ao longo do tempo pela sua fiel aplicação no mundo, especialmente em nossa realidade brasileira. A relevância do tema está não somente no caráter de status constitucional de que se reveste o princípio da presunção de inocência, mas sobretudo por se tratar de um princípio-farol que ilumina toda a relação processual penal, rompendo definitivamente com o paradigma do princípio da presunção da culpabilidade, princípio reitor do nosso vetusto Código de Processo Penal de 1941, de inspiração nazi-fascista e que foi utilizado por longo tempo no Brasil. O presente artigo principia com uma breve evolução histórica do princípio da presunção de inocência e encontra-se dividido em quatro partes, abordando o caráter de direito fundamental do princípio da presunção de inocência, a sua incidência ou interferência nas decisões ou prisões provisórias, além de sua condição de norma de tratamento, aferindo assim, a sua atual efetividade em nosso ordenamento jurídico pátrio.

2. Breve incursão histórica

O princípio da presunção da inocência surgiu na fase do iluminismo, em plena Revolução Francesa de 1789 (MORAES, 2010, p. 77)¹, todavia não foi compreendido e conseqüente-

mente aplicado em França e em quase todos os países europeus, pois a influência das Escolas Positiva (FERRAJOLI, 2002) e Técnico-Jurídica italianas tornava incompatível a sua aplicabilidade, precisamente por deixar o Estado vulnerável às oposições e demais influências externas, representando assim séria ameaça as estruturas do então poder constituído. O jurista Ferrajoli (2002, p. 442), com propriedade, assinala a grande resistência da escola positivista italiana, senão vejamos:

O primeiro ataque foi propiciado pela Escola positivista italiana: Rafeale Garofalo e Enrico Ferri, em coerência com suas opções substancialistas, consideraram ‘vazia’, ‘absurda’ e ‘ilógica’ a fórmula da presunção de inocência, o primeiro exigindo a prisão preventiva obrigatória e generalizada para os crimes mais graves e o segundo aderindo a modelos de justiça sumária e substancial além das provas de culpabilidade. Mas o golpe decisivo foi desferido em princípio pela autoridade de Vincenzo Manzini, que estigmatizou a fórmula como um ‘estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês e a julgou ‘grosseiramente paradoxal e irracional’ (grifos do autor).

Havia uma necessidade premente de justificar e preservar o poder autoritário e repressivo do Estado, de sorte que a aplicação do princípio da presunção de inocência ia de encontro a base ideológica do final do século XIX até início do século XX, quando o poder autoritário do Estado reclamava à aplicação do princípio da presunção da culpabilidade, adotado nos códigos de processo penal italianos de 1913 e 1930 (FERRAJOLI, 2002)². Com a derrubada do poder absolutista francês, surgiu a necessidade de a França substituir a figura do monarca por um líder que pudesse exercer o poder central e afastar os seus opositores e assim implementar em tese os ideais iluministas da igualdade e liberdade (MORAIS, 2010). Esse poder foi ocupado pelo General Napoleão Bonaparte, o qual em 1811 promulgou o Código Penal e o Código de Processo Penal Franceses, expurgando o princípio da presunção da inocência e instalando um novo absolutismo na França. O jurista Maurício Zanoide de Moraes (2010) com maestria explicita:

O processo penal, portanto, e mais uma vez na história, foi utilizado como instrumento de exercício do poder estatal para que, aquele governo em implantação, por meio da força legalizada, imprimisse seus novos desígnios frente a todos que fossem tidos como seus opositores (criminosos ou não).

Assim, sacrificava-se o princípio da presunção da inocência para combater o “inimigo” do Estado Napoleônico. Zanoide Moraes (2010) mais uma vez preleciona:

Em detrimento do avanço humanitário iluminista, pelo desinteresse e conveniência de não criar condições organizacionais e procedimentais para efetivar a presunção de inocência, cedia-se, mais uma vez na história, à conhecida figura do ‘inimigo’. Repristinada a construção romana dos hostis, estava aberto o caminho para a revivificação da presunção de culpa na persecução penal(grifos do autor)

Essa influência, como já dito anteriormente alcançou o Código Rocco italiano de 1930, que por sua vez, serviu de inspiração para o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, que trouxe como princípio guia a presunção da culpabilidade, pelo qual o acusado, como mero objeto de intervenção estatal, era considerado a partir da deflagração da ação penal como provável culpado até que sobreviesse uma sentença penal absolutória transitada em julgada, e a prisão preventiva era obrigatória para os crimes graves, cuja pena fosse igual ou superior a dez anos (MORAIS, 2010), de sorte que a prisão preventiva era automática já no início da persecução penal.

3. O princípio da presunção da inocência como direito fundamental

O princípio da presunção da inocência foi insculpido no Art. 5º, LVII da CF do Brasil de 1988, como Direito fundamental assegurado a todos os indivíduos acusados de uma infração penal. A Declaração Universal dos Direitos Humanos celebrada pela Assembléia Geral da ONU, em 12 de dezembro de 1948, acolheu o princípio da presunção de inocência, todavia, á sua aplicação passou em branco no Brasil. Somente em 1992 o nosso país aderiu ao Pacto de São José da Costa Rica, celebrado em 22 de novembro de 1969, mediante a promulgação do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, cujo Art. 8º, 2 rezava que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Importante ressaltar que a Convenção Americana sobre Direitos Cíveis e Políticos celebrada pela Assembléia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 também já agasalhava o princípio da presunção da inocência, muito embora alguns doutrinadores (TAVORA et al., 2007, p. 176-177)³ já sustentavam o seu reconhecimento em período anterior. Todavia, o referido princípio, sem embargo de seu status constitucional e de sua contemplação nas convenções internacionais sobre direitos humanos ratificadas pelo Brasil carecia de efetividade. Não se tratava, a rigor, de simples aplicação de um princípio constitucional, mas de ruptura de um modelo de Estado que sempre esteve centrado no princípio da presunção da culpabilidade, como viga mestra do sistema penal – mecanismo de controle social e mantenedor das estruturas do poder político.

O nosso constituinte ao acolher o princípio da presunção de inocência adotou redação diversa daquelas constantes das convenções internacionais, fazendo com que parte da doutrina brasileira, influenciada pela doutrina italiana (SCHEIREBER, [21--])⁴, defendesse a restrição do seu conteúdo princípio, com forma de garantia da eficacidae do processo penal. Assim, passou-se a elaboração do princípio da não-culpabilidade, pelo qual não se poderia presumir a inocência de alguém contra quem foi instaurada uma ação penal, podendo-se, no máximo presumir-se a sua não-culpabilidade (SCHEIREBER, [21--]). Essa foi a forma encontrada no Brasil para justificar a não aplicação efetiva do princípio da presunção de inocência, não obstante o seu status de norma constitucional, todavia, atualmente não mais se discute a restrição do conteúdo deste princípio, de sorte que presunção de inocência e presunção de não culpabilidade são utilizados normalmente como expressões sinônimas e como exigência legal de tratar o acusado como possível inocente em toda a persecução penal até que sobrevenha uma sentença condenatória transitada em julgado. Identificado e delimitado o alcance do conteúdo do princípio da presunção de inocência estabelecido no art.5º, LVII d CF de 1988, vê-se que o problema atual não é mais de reconhecimento ou o alcance do seu conteúdo, mas de aplicação efetiva. O filósofo do Direito Norberto Bobbio (2004), de forma magistral, asseverava

que a grande preocupação atual não é de natureza filosófica, mas jurídica, ou seja, não importa mais o fundamento ou o reconhecimento dos direitos humanos, mas sim a garantia de sua efetividade. Destarte, o princípio da presunção da inocência, desde o iluminismo vem sendo reconhecido, inclusive em várias convenções internacionais e ordenamento jurídico de vários países signatários de convenções internacionais que o contemplaram, todavia, a sua aplicabilidade sempre enfrentou sérias resistências, principalmente nos países de regime autoritários.

4. Prisão provisória e prisão decorrente de sentença penal condenatória transitado em julgado

Como é curial, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, cujo princípio reitor é o da presunção de inocência, qualquer prisão provisória, seja temporária ou preventiva, só estará legitimada na medida que seja decretada para atender exigências processuais de natureza acautelatórias e instrumental. A pedra de toque da prisão preventiva estará identificada na necessidade de segregar prematuramente o acusado de uma imputação penal se houver razões de ordem cautelar ou instrumental-processual a ancorar a medida extrema. Se o magistrado decretar a prisão preventiva do acusado com base na possível condenação deste, ou porque se trata de crime grave ou de grande repercussão, ou seja, com base no mérito da demanda, estaremos diante de uma verdadeira antecipação de pena e violando, portanto, o princípio da presunção de inocência. Discorrendo sobre o tema o jurista Santiago Vegezzi (2008, p. 528), valendo da lição de Vélez Mariconde, preleciona:

Es por ello, que entiende que 'la coerción personal Del imputado es legítima cuando tiende a hacer posible y a asegurar el ejercicio regular de la función judicial que la norma constitucional prevé, así como será ilícita la conducta de aquél toda vez que impida o ponga en peligro tal ejercicio y concluye: 'la libertad personal Del imputado solo puede ser restringida a título preventivo, cautelar y provisional, em la medida indispensable para hacer posible el ejercicio regular de la función judicial del Estado'. Por lo tanto, según esta postura, la prisión preventiva, cuando não persigue fines procesales, vulnera el principio de inocência (grifos do autor).

Ocorre, entretanto, que o cenário brasileiro já há algum tempo vinha destoando dessa construção teórica constitucional, pois as pessoas acusadas da prática de uma infração penal grave acabavam cumprindo antecipadamente a pena sem as garantias do contraditório e da ampla defesa, ou seja, eram presas antes de um julgamento justo, por força da banalização da decretação da prisão preventiva por parte de alguns juízes criminais brasileiros, principalmente, quando embasava a medida extrema na necessidade de garantir a ordem pública. Com efeito, os juízes criminais brasileiros ignoravam o princípio constitucional da presunção da inocência e aplicavam de forma acrítica o Código de Processo Penal de vulnerável, 1941. O jurista Pierpaolo Cruz Bottini (2011, p. 127-128) categoricamente explicita o fenômeno:

É deste sentimento de impotência diante de expectativas frustradas que surge – consciente ou inconscientemente – a estratégia de alguns magistra-

dos de antecipar os efeitos das decisões judiciais definitivas pela aplicação de medidas cautelares. Na ânsia de responder às demandas por efeitos concretos da prestação jurisdicional, e diante da incapacidade de torná-la efetiva em curto espaço de tempo, passam alguns magistrados a usar de expedientes tipicamente processuais para satisfazer tais expectativas, como prisões temporárias, preventivas e medidas de execução provisória.

Com efeito, o que se verificou na prática forense foi uma profusão de prisões provisórias no Brasil, superlotando ainda mais o nosso combalido sistema penitenciário, o qual já em dezembro de 2010, segundo dados do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do CNJ (BIANCHINI, 2001), atingiam cerca de 500 mil presos, dos quais 44% (220.886) eram provisórios, havendo um aumento de 1.252% de presos provisórios. Banalizava-se assim o instituto da prisão preventiva, principalmente, quando a decretação se apoiava na “necessidade de garantir a ordem pública”. O conceito aberto e genérico de “ordem pública”, a exemplo do remédio salsa parrilha, servia para tudo, mormente quando o juiz não encontrava elementos concretos e idôneos extraídos dos autos para decretar a preventiva, e necessitava de dar uma satisfação à mídia ou a sociedade para prender alguém que cometeu algum crime grave. Na vala larga da “ordem pública” cabia tudo para justificar a prisão preventiva, como a “motivação de “comoção social”, “credibilidade da Justiça”, “perigosidade do réu”, dentre outros fundamentos, banalizando assim a prisão preventiva e transformando-a num verdadeiro instrumento de opressão e de política pública⁵ nas mãos de um juiz criminal, violando assim, frontalmente, o princípio constitucional da presunção da inocência insculpido no art. 5º, LVII da CF de 1988. Essa situação não passou despercebida pelo jurista Geraldo Prado (2011)⁶ quando asseverou sobre a angústia penalista da expansão permanente e geométrica dos presos provisórios, especificamente sobre o abuso da utilização da prisão preventiva e a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Diante desse cenário sombrio de violação de direitos fundamentais de presos provisórios, em face do aumento assustador da violência urbana potencializado com o discurso da lei e da ordem, que entoava o hino da ampliação e endurecimento das penas, entrou em vigor assim, num contexto manifestamente adverso, a Lei n.º 12.403/2011, também conhecida pela lei das prisões e medidas cautelares, a qual, na verdade, veio, sobretudo, concretizar o princípio constitucional da presunção da inocência. Como se infere, o sistema processual brasileiro que sempre se caracterizou pela bipolaridade – prisão ou liberdade –, agora, com o advento da Lei n.º 12.403/2011 se ajusta ao princípio constitucional da presunção da inocência e oferece ao magistrado várias alternativas descarcerizadoras, de natureza cautelar, capazes de assegurar a efetividade do processo, sem a necessidade de sacrificar prematuramente a liberdade do acusado, ficando a prisão preventiva como a “*ultima ratio*”.

Desta forma, havendo os requisitos indispensáveis e incidindo alguma hipótese extraída de elementos concretos dos autos, indicando a necessidade, o juiz, fundamentadamente, deverá decretar a prisão preventiva, desde que não seja recomendada outra medida cautelar. Assim agindo, estará decretando uma prisão provisória ancorada em razões de ordem cautelar ou instrumental – de efetividade processual –, sem que viole o princípio constitucional da presunção da inocência. Abstraídas as hipóteses de prisões temporárias e preventivas, o sujeito só deverá cumprir pena de prisão, após a prolação de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, após o devido processo legal, no qual lhe tenha sido assegurados o direito a ampla defesa e ao contraditório. É o que se denomina na doutrina de prisão-pena. Desta forma, após a realização do julgamento, o sujeito passa a cumprir a pena, na forma da lei. A rigor,

no âmbito do processo penal brasileiro, cujo fio condutor é o princípio da presunção de inocência, só podemos admitir duas espécies de prisões provisórias: a prisão temporária regida pela Lei n.º 7.960/89, de discutível constitucionalidade (FERNANDES, 2002)⁷, e a prisão preventiva, nos moldes estabelecido nos Arts. 311 e 312 do CPP. A prisão preventiva à luz do princípio da presunção de inocência – Art. 5º, LVII da CF e da nova normativa da Lei n.º 12.403/2011 – só deve apoiar-se em razões de ordem cautelar e instrumental/processual extraídas do comportamento do imputado para se sustentar como medida cautelar. Destarte, a prisão preventiva é a mais drástica das medidas cautelares previstas no Art. 319 do CPP, pois priva prematuramente o indivíduo do convívio social sem a formação de culpa concluída, devendo, pois, ser a “ultima ratio” entre as medidas cautelares prevista em nosso ordenamento jurídico. Logo, para a sua admissibilidade, a priori, deve o juiz verificar se a pena cominada ao delito é superior a 4 anos de reclusão. Em seguida, deve aferir se está presente o requisito do “*fumus commissi delicti*”, ou seja, os indícios suficientes de autoria e a prova da materialidade delitiva. Seguindo, apurar-se-á a existência do outro requisito, o “*periculum libertatis*”, com base precisamente no comportamento do acusado embasado em prova concreta extraída dos autos, que dite a necessidade de resguardar a ordem pública ou econômica – esta hipótese de discutível constitucionalidade –, bem como em face da conveniência da instrução criminal e da fiel aplicação da lei penal. Finalmente, ultrapassadas essas fases, o juiz deverá aferir, no âmbito do princípio da proporcionalidade (MELLO, 2007)⁸, se existe entre as medidas cautelares alternativas elencadas no Art. 319 do CPP outra medida mais branda capaz de atingir de forma menos prejudicial a esfera individual e dos direitos fundamentais do acusado, e assim alcançar o mesmo propósito daquele almejado pela prisão preventiva. Depois então, não havendo outra medida cautelar adequada, o juiz poderá decretar a prisão preventiva, de forma fundamentada, sem que venha arranhar o princípio da presunção de inocência. Ademais, como é sabido, na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, que a regra é a liberdade provisória, e a exceção é a prisão provisória.

Na verdade, nem mesmo a prisão em flagrante, no âmbito do Estado democrático de Direito se sustenta por si só, pois sem embargo de ser a certeza visual do delito – “*fumus commissi delicti*” –, trata-se de uma mera medida pré-cautelar, de caráter precário, e que se destina a deixar o flagranteado à disposição da autoridade judiciária para que o mesmo converta o flagrante em prisão preventiva ou outra medida cautelar, inclusive a liberdade provisória. Nesse sentido é lapidar a lição de Aury Lopes (2011, p. 1):

Exatamente porque existe a visibilidade do delito, o *fumus commissi delicti* é patente e inequívoco e, principalmente, porque essa detenção deverá ser submetida ao crivo judicial no prazo máximo de 24h. Precisamente porque o flagrante é uma medida precária, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial.

Com este sistema, o legislador consagrou o **caráter pré-cautelar da prisão em flagrante**. Como explica BANACLOCHE PALAO, citado por Aury Lopes na obra acima identificada, o flagrante – ou *la detención imputativa* – não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido a disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar.

5. Princípio da presunção da inocência como dever de tratamento no processo penal

Como se sabe levará algum tempo para se absorver algo novo em nossa cultura forjada em cima de um Código de Processo Penal autoritário que tinha como guia o princípio da presunção da culpabilidade. A violação de Direitos fundamentais de um sujeito acusado da prática de uma infração penal grave é algo culturalmente tolerável na área jurídica, principalmente pelos próprios operadores do Direito (delegados, juízes, promotores). Desconstruir essa prática nefasta e substituí-la por outra é o grande desafio dos operadores do Direito Processual no país. A prisão de alguém em flagrante ou por ordem judicial já se reveste de todo o simbolismo do poder constituído, expondo o indiciado a mídia policial que devassa indevidamente a sua intimidade e privacidade, sujeitando a julgamentos imediatos e midiáticos. Os programas policiais tentam substituir a instância Justiça, e confunde as pessoas incautas com o discurso policiaismo de que “polícia prende a justiça solta”, potencializando o discurso da impunidade. Nesse sentido é lapidar a lição do mestre Geraldo Prado (2005, p. 162-163), senão vejamos:

A exploração das causas penais como casos jornalísticos, com intensa cobertura por todos os meios, leva à constatação de que, ao contrário do processo penal tradicional, no qual o réu e a Defesa poderão dispor dos recursos para tentar resistir à pretensão de acusação em igualdade de posições e paridade de armas com o acusador formal, o processo paralelo difundido na mídia é superficial, emocional e, muito, raramente, oferece a todos os envolvidos, igualdades de oportunidade para expor seus pontos de vista.

A seguir, focando na figura do investigado integrante das elites políticas, econômicas e intelectual, Prado (2005) assevera que o princípio da presunção da inocência é violado porquanto, sem qualquer garantia ou mesmo sem exercer o mais elementar direito de defesa, a imagem do investigado já é difundida pela mídia como o responsável pela infração penal, colocando-o numa posição de inferioridade em face da exposição midiática, passando “subliminarmente a idéia do caráter obsoleto e ineficiente das garantias processuais oferecidas pelo processo, que é visualizado como um método demorado de se fazer justiça em comparação com a investigação e ‘julgamento’ da mídia” (PRADO, 2005, p.163, grifo do autor). Sem dúvida alguma, essa exposição excessiva do investigado a mídia, principalmente aquela veiculada, de forma sensacionalista, nos programas policiais de radiodifusão ou televisados de médias e grandes cidades brasileiras fere frontalmente o princípio da presunção de inocência como norma de tratamento, além de ferir outros direitos fundamentais, como a intimidade, privacidade e dignidade da pessoa humana.

Como se depreende, esse primeiro contato do indiciado ou suspeito com o aparato policial é discriminatório e violador de alguns direitos fundamentais, inclusive o direito fundamental da presunção da inocência. Discorrendo sobre o assunto, o jurista Zanoide Moraes (2010, p.163) preleciona:

[...] atualmente, mercê de um esforço doutrinário e juspolítico de décadas, a concepção de presunção de inocência, sob a perspectiva constitucio-

nal de um âmbito de proteção amplo, compreende um significado de ‘norma de tratamento’, relacionado mais diretamente com a figura do imputado, e outros dois significados: ‘Norma de Juízo e norma probatória’ mais ligados à matéria probatória (grifo do autor).

No âmbito desse trabalho trataremos somente do princípio de presunção de inocência como “norma de tratamento”, ou seja, qualquer espécie de prisão provisória que seja decretada como antecipação de pena, que só adviria depois de uma sentença condenatória transitada em julgado viola o princípio da presunção de inocência como norma de tratamento (MORAES, 2010, p.427). Com efeito, em face da incidência do princípio da presunção de inocência como norma de tratamento foram expurgadas de nosso ordenamento jurídico a possibilidade de prisão provisória em face de decisão de pronúncia e também de sentença condenatória recorrível.

Como se sabe, a prisão decorrente da pronúncia traduzia uma reminiscência do princípio da presunção da culpabilidade do Código de Processo Penal de 1941, pois, o sujeito, em face de uma decisão ainda provisória, ficava privado de sua liberdade e o seu nome era incluído no rol dos culpados⁹, constituindo assim, uma verdadeira antecipação de pena com violação frontal do princípio da presunção de inocência. Todavia, o Pleno do STF¹⁰, antes mesmo da reforma de 1995 já suprimia a parte do texto que determinava a inserção do réu no rol dos culpados, por reconhecer à sua inconstitucionalidade material com o princípio da presunção de inocência (Art. 5º, LVII da CF), entretanto, permanecia a parte do texto que admitia a prisão em decorrência exclusivamente da pronúncia. Felizmente, alguns juízes criminais brasileiros, antes mesmos dessa decisão e das reformas legislativas já faziam incidir na espécie o princípio da presunção da inocência, deixando de decretar a prisão decorrente unicamente da pronúncia e também de encaminhar o nome do réu para o rol dos culpados. Atualmente, por força da Lei n.º 11.689/2008¹¹, o dispositivo correspondente se ajustou aos cânones do princípio constitucional da presunção de inocência e afastou definitivamente a possibilidade de o juiz decretar prisão provisória em decorrência exclusivamente de pronúncia, ou mesmo de lançar o nome do réu no rol dos culpados em face dessa decisão provisória.

A mesma argumentação expendida pode ser estendida para os casos de decretação de prisão e colocação do nome do réu no rol dos culpados, em face de decisão judicial condenatória recorrível, nos moldes como era previsto pela antiga redação do Art. 393 do CPP¹², constituindo-se numa flagrante antecipação de pena com base no mérito da demanda ou, segundo o insigne jurista Zanoide Morais (2010, p. 445), que com base na visão “gradualista da presunção de inocência”, preleciona:

Essa visão ‘gradualista’ da presunção de inocência não deixa de esconder um ranço técnico-positivista da ‘presunção da culpa’, pois sob o seu argumento está uma ‘certeza’ de que, ao final, a decisão de mérito será condenatória. Desconsiderando a importância da cognição dos tribunais, ‘crê’ que a análise do juízo a quo pela condenação prevalecerá e, portanto, ‘enquanto se aguarda por um desfecho já esperado’, mantém-se a pessoa presa ‘provisoriamente’ [...] Assim, acreditar que ao se avançar na persecução (mesmo ao se atingir uma decisão condenatória em primeiro grau) está-se mais próximo de uma condenação significa trabalhar com a ‘presunção de culpa’, e não coma de inocência (grifos do autor).

ENTRE ASPAS

Não obstante parte considerável da doutrina e também da jurisprudência insistissem em defender a constitucionalidade da prisão provisória decorrente de decisão judicial recorrível, antes de reforma da Lei n.º 11.689/2008 (MORAIS, 2010), o Art. 393 do CPP foi revogado pela Lei n.º 12.403/2011, ajustando-se assim ao conteúdo do princípio da presunção de inocência como norma de tratamento e pondo termo as discussões que se travavam em torno do tema.

Segundo o escólio de Zanoide Morais (2010, p. 442) existem outros dispositivos espalhados em nossa legislação especial que tratam da prisão provisória decorrente de sentença penal condenatória recorrível, quais sejam: a) o § 3º do Art. 2º da Lei n.º 8.072/90¹³; b) o Art. 3º, segunda parte, da Lei n.º 9.613/98¹⁴ (Lei de Lavagem de Capitais) e c) Art. 59 da Lei n.º 11.343/2006. O referido autor não elenca o art. 9º da Lei n.º 9.034/95 sob a justificativa de que foi vetado o art. 1º da referida lei, que previa o único tipo legal, de sorte que o art. 9º, que previa expressamente a proibição do réu apelar em liberdade, ficou esvaziado. O autor ainda acrescenta o § 2º do Art. 27 da Lei n.º 8.038/90, o qual estabelece que os recursos extraordinário e especial interpostos na área processual penal junto ao STJ e STF serão recebidos somente no efeito devolutivo. Destarte, assinala esse autor (2010) que numa interpretação *contrario sensu*, caso o recorrente esteja preso, o mesmo continuará nessa situação até a decisão final, configurando assim uma verdadeira execução provisória. Nesse sentido, Zanoide Morais (2010, p.442) ao analisar o Art. 59 da Lei n.º 11.343/2006 reconhece a sua inconstitucionalidade, como se observa:

Como já tivemos oportunidade de explicitar, viola a presunção de inocência a aplicação desse dispositivo da Lei de Drogas pela jurisprudência que, além de aplicar dispositivo inconstitucional, porquanto elaborado sem justificação constitucional e sem proporcionalidade, ainda lhe aumenta o caráter violador ao negar, mesmo que primários e sem antecedentes criminais, o direito de permanecer solto após a sentença condenatória recorrível.

A seguir, ele arremata categoricamente:

Necessário compreender, portanto, que os citados § 2º do Art. 27 da Lei n.º 8.038/90 e o Art. 59 da Lei n.º 11.343/09 preceituam real e indisfarçável antecipação de pena, desrespeitando, simultaneamente, a justificação constitucional daqueles três direitos contida na referida ‘cláusula restritiva (‘até o trânsito em julgado’))’ (MORAIS, 2010, p.442, grifo do autor)

Todas essas situações que impliquem em prisões provisórias decorrentes de uma sentença condenatória recorrível, sem dúvida alguma, ferem frontalmente o princípio constitucional da presunção de inocência como norma de tratamento, pois o Estado “trata” o réu como possível culpado com base numa decisão de mérito – material – que ainda é incerta, ou seja, quando ainda não existe uma sentença condenatória transitada em julgado.

Sem embargo essas resistências à aplicabilidade do princípio constitucional de inocência vem esmaecendo ao longo do tempo, e já se vislumbra no horizonte a ruptura definitiva com a cultura forjada pelo princípio da presunção da culpabilidade do Código de Processo Penal de 1941, com a remoção total de todo o entulho autoritário que ainda persiste em nosso

ordenamento jurídico. Nesse sentido, serve de alento a edição da Súmula n.º 347¹⁵ do Superior Tribunal de Justiça, que praticamente revogou ou esvaziou a Súmula n.º 9 do mesmo sodalício, a qual preceitua que “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”, o que, sem dúvida, feria o conteúdo do princípio guia do processo penal brasileiro.

6. Considerações finais

A preservação do princípio constitucional de inocência é fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito, pois todo cidadão acusado da prática de um crime deve ter direito a um julgamento justo, no qual sejam observadas todas as garantias do devido processo legal, como o contraditório, a ampla defesa, o direito a intimidade, a privacidade, a dignidade da pessoa humana, dentre outros direitos fundamentais e, sobretudo, o princípio da presunção de inocência como norma de tratamento, ou seja, o investigado ou acusado deve ser tratado como possivelmente inocente até que sobrevenha uma sentença condenatória transitado em julgado. A liberdade provisória é a regra, e a privação de liberdade provisória deve ser a exceção. Logo, não se pode aprioristicamente, sem justificativa constitucional ou mediante a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, vedar a liberdade provisória. O juiz, em cada situação fática que lhe é submetida é que deve aferir, diante do comportamento do imputado, se há necessidade ou não de decretar a prisão preventiva de alguém, em face da existência dos pressupostos do “*fumus comissi delicti*” e do “*periculum libertatis*”. A pedra de toque da prisão cautelar é a necessidade extraída dos autos, de ordem cautelar/processual, em face do comportamento indevido do acusado, que venha justificar à sua segregação preventiva por incidir numa das hipóteses prevista em lei. Fora disso, estaremos diante de uma antecipação de pena e da violação incontornável do princípio constitucional da presunção de inocência, reprimando assim, o princípio da presunção da culpabilidade, de triste memória em nosso ordenamento jurídico.

Referências

BIANCHINI, Alice et al. Impacto das mudanças na prisão preventiva, as demais cautelares e a Lei Maria da Penha. In: GOMES, Luiz Flavio, MARQUES, Ivan Luís (coord.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho e apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ENTRE ASPAS

LOPES, Aury. *Crimes hediondos e prisão em flagrante como medida pré-cautelara*. Salvador, 2011. Disponível em: <www.juspodvm.com.br>. Acesso em: 6 jul. 2013.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios Penais Constitucionais*. Salvador: Editora Jus Podvm, 2007.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (org.). *Medidas cautelares no processo penal, prisões e suas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 162-163.

TÁVORA, Nestor et al. Princípio da Presunção de Inocência. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios penais constitucionais: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: Editora Jus Podvm, 2007.

SCHEIREBER, Simone. *O Princípio da presunção de inocência*. DireitoNet: [S.l., [21--]]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?Id=7198>>. Acesso em: 7 jul. 2013. (*Jus navigandi*, Teresina, n. 790, 1º set. 2005).

VEGEZZI, Santiago. *Los fines procesales de la prisión preventiva*. [Buenos Aires: s.n., 2008]. p. 528.

Notas

1. Maurício Zanoide Moraes (2010, p. 77), afirma que: “Nessa declaração francesa, destinada a fixar preceitos fundamentais ao cidadão e invioláveis pelo Estado, foi inserida, legalmente, pela primeira vez, a concepção de ‘presunção de inocência’ [...]. Todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para prendê-lo deverá ser severamente reprimido pela lei” (MORAES, grifo do autor).
2. Luigi Ferrajoli (2002, p. 442) explicita que: “O Código Rocco de 1930 repeliu ‘por completo a absurda presunção de inocência, que alguns pretendiam reconhecer ao imputado, liquidando-a como ‘uma extravagância derivada daqueles conceitos antiquados, germinados pelos princípios da revolução Francesa, os quais levam as garantias individuais aos mais exagerados e incoerentes excessos’” (grifos do autor).
3. Ferrajoli, citado por Nestor Távora et al., afirmara que o princípio da presunção de inocência remonta ao direito romano, tendo sido ofuscado ou mesmo invertido... Assinala ainda os autores que “o princípio da presunção de inocência foi referenciado pela primeira vez no bojo do *due process of law*, na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, em 2 de junho de 1776” (2007, p.442).
4. Diz a autora ([21--], p. 1), sobre o princípio de inocência na Itália: “só se pode admitir a presunção de inocência do delinqüente ocasional, que houvesse negado a prática de crime, e mesmo assim enquanto não se reunisse a prova indiciária contra ele. A própria instauração do processo criminal autorizava que se presumisse a culpa do imputado, e não sua inocência”.

5. Segundo Bottini, em obra citada (p. 127), “a caracterização do Judiciário como agente de política criminal faz com que as expectativas sociais de promoção e efetivação da segurança pública se voltem para a atuação jurisdicional”
6. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiu o informe n.º 35/07 sobre o caso Jorge, José e Dante Peirano Basso e República Oriental do Uruguai (caso 12.553), estipulando regras para os Estados signatários da convenção Interamericana de Direitos Humanos, entre os quais o Brasil, acerca dos critérios desenvolvidos no âmbito da Corte interamericana para a validade jurídica das prisões preventivas (PRADO, 2011).
7. FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Segundo Fernandes (2002, p. 305), “as prisão temporária surgiu no Brasil com a Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, resultante da conversão da Medida Provisória 111, de 14 de novembro de 1989, que visou regularizar a anterior ‘prisão para averiguações’, ilícita, mas utilizada. Mereceu a nova espécie de prisão severa crítica de tourinho Filho. Considerou-a ‘odiosas’, ‘arbitrária’, ‘sem real necessidade’, ‘severa’, de ‘indisfarçável inconstitucionalidade’, ‘retrocesso’, ‘possível em face de meros indícios’” (grifos do autor).
8. O autor (2007, p.208) assevera que “a vulneração penal de direitos e garantias somente pode ser justificada de acordo com o princípio da proporcionalidade em suas três dimensões, porque a pena – e outras medidas penais e processuais – só podem ser implementadas se atingir na menor escala possível os direitos fundamentais, e por isso mesmo, só pode haver intervenção penal, se necessária, adequada e proporcional, atingindo o mínimo possível os direitos dos indivíduos”.
9. Antiga redação do § 1º art. 408 do CPP: “na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura”.
10. (STF – TP – HC 69.696 – rel. Celso de Mello – j. 18.12.1992 – DJU 01.10.1993).
11. Art. 413 – O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria e participação. [...] § 3º – O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX, do Livro I deste Código”.
12. Art. 393 – São efeitos da sentença condenatória recorrível:
 - I – Ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançável, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.
 - II – Ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.
13. Art. 2º - omissis. [...] §3º – Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.
14. “Os crimes disciplinados neste Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá se o réu poderá apelar em liberdade”
15. Súmula 347 do STJ: O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.