



INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Murillo Manoel Rocha Bahia Menezes*

RESUMO: *O presente estudo parte do pressuposto de que a privação da liberdade de um inocente – ou daquele contra quem não há uma sentença penal condenatória transitada em julgado – só estará em conformidade com a Constituição Federal de 1988 quando imposta como medida instrumental do processo. Utilização diversa constitui expressa violação ao princípio do estado de inocência, como são as hipóteses da garantia da ordem pública, da ordem econômica e assecuração da aplicação da lei penal. No que concerne à conveniência da instrução criminal, sugere-se que a prisão cautelar, neste caso, só será constitucionalmente válida quando nenhuma outra medida menos gravosa (mesmo que não prevista na lei processual penal) for capaz de salvaguardar a instrução, sob pena de desrespeito ao princípio da proporcionalidade. A interpretação aqui esboçada leva a considerar inconstitucional parte do art. 312 do Código de Processo Penal Brasileiro, entendendo-se, ainda, que a parte remanescente (a hipótese de conveniência da instrução criminal) somente poderá ser aplicada de forma subsidiária.*

Palavras-chave: Processo Penal; Medidas Cautelares; Prisão Preventiva; Princípios Constitucionais; Presunção de Inocência; Proporcionalidade.

INTRODUÇÃO

As medidas cautelares são meios utilizados, no curso do processo, para que este cumpra o seu desiderato (a prestação jurisdicional), sendo comumente chamadas de instrumentos do instrumento. No Processo Penal a mais utilizada tem sido a prisão cautelar, gênero do qual são espécies a prisão decorrente de flagrante, a preventiva, a temporária, por sentença de pronúncia e por sentença penal condenatória recorrível.

Dentre estas, a mais importante, sem dúvida, é a prisão preventiva. Com efeito, no caso de prisão em flagrante, o juiz, percebendo a incoerência dos requisitos da prisão preventiva, poderá conceder liberdade provisória ao réu (art. 310, parágrafo único, CPP). Por outro lado, como já sedimentado na doutrina e jurisprudência, a prisão em razão de sentença de pronúncia ou de sentença penal condenatória recorrível e a temporária devem estar fundamentadas nos requisitos ensejadores da prisão preventiva (ALESSI, 2002, p. 01).

O uso excessivo, por vezes abusivo, das medidas cautelares pessoais no processo penal tem se tornando objeto de enorme preocupação entre os juristas. Esta preocupação sobreleva-se quando a constitucionalidade do art. 312 do CPP é posta em discussão, além da crítica recorrente contra a margem de discricionariedade que é dada ao juiz em virtude dos termos abertos do referido dispositivo.

* Advogado. Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Salvador (UNIFACS). Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). murillobahia@hotmail.com – Autor.



Na esteira do que vem sendo defendido, pretender-se-á aqui interpretar o Código de Processo Penal conforme a Constituição, e não o contrário, como tem sido comum se verificar.

A PENA ANTES DA (INCERTA) CONDENAÇÃO

O contato com a prisão parece ser algo tão distante da realidade de alguns juristas que poucos se preocupam em colocá-la em crise. Limitam-se simplesmente em classificá-la e relatar suas peculiaridades, sem levar em conta que, para além da “realidade jurídica”, pouca ou nenhuma diferença há no mundo fático entre prisão processual e prisão pena. A “criação arbitrária do mundo” que tentam fazer não pode, todavia, deixá-los distantes da realidade. Especialmente os julgadores cujas decisões que decretam a prisão preventiva, quando cumpridas, serão suportadas por homens de verdade, os quais experimentam a mesma sensação de um condenado.

Há muito já disse BECCARIA que “a prisão é antes um suplício que uma custódia do réu” (2003, p. 21). A prisão processual constitui, efetivamente, um mal muito mais grave do que a própria prisão pena, pois, além de causar (no mínimo) a mesma violência que aquela, age sobre alguém que ainda não foi considerado culpado, alguém que sequer é possível saber se será condenado à prisão.

Nesse sentir, o mestre italiano pondera que

ou o delito é certo, ou incerto. Se é certo, não lhe convém outra pena além da estabelecida pelas leis [...]; se é incerto, não se deve atormentar um inocente, porque o é, segundo as leis, um homem cujos delitos não tenham sido provados (BECCARIA, 2003, p. 29).

Como bem verificado por LAZZAROTTO, em seu trabalho sobre prisão cautelar como antecipação da pena, cabe lembrar que, no Brasil, o art. 42 do Código Penal (“computa-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória [...]”), acaba por reconhecer “que a pena, em verdade, já vinha sendo cumprida antes mesmo da condenação do imputado” (2006, p. 210).

Por esta razão alguns autores afirmam que “a prisão provisória é, pois, uma violência que só se justifica na medida em que não excede o mal que pode ser causado pela pena” (SILVA, 2005, p. 55). Todavia, isso não ocorre. E, além disso, pessoas são submetidas à custódia cautelar sob motivações que desrespeitam princípios consagrados constitucionalmente.

HIPÓTESES DE PRESUNÇÃO DA CULPABILIDADE

O dispositivo legal em análise traz, além dos pressupostos básicos da medida cautelar (final do art. 312, CPP), os objetivos que o juiz deve ter em mente ao decretar a prisão preventiva. A decisão que decreta a prisão cautelar do acusado com o fim de garantir a ordem pública, a ordem econômica ou assegurar a aplicação da lei penal, é paradoxal com a idéia que



deve ter sempre em mente o juiz de que o acusado é inocente enquanto não for exarada contra ele uma sentença penal condenatória irrecorrível.

Com efeito, ao pretender assegurar a ordem deve-se partir do pressuposto de que há indícios de que o acusado irá perturbá-la. É mesmo impossível que essa consideração não seja feita, mesmo que não externada, ao considerar que com a prisão preventiva se estará preservando a ordem pública e/ou econômica. Assim, é inegável estar-se diante de uma verdadeira presunção de culpabilidade. Nessa esteira é forçoso concluir que

pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita de conduta delitativa, equivale de fato a uma presunção de culpabilidade; que, além disso, atribuindo à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo afletivo da pena, serve para privá-la daquele único argumento representado pelo sofisma segundo o qual ela seria uma medida ‘processual’, ‘cautelar’ ou até mesmo ‘não penal’, ao invés de uma legítima pena sem juízo (FERRAJOLI, 2003. P. 44).

Igual conclusão pode-se chegar quanto à hipótese que trata de assegurar a aplicação da lei penal. Ora, a expressão “aplicação da lei penal” só pode ser interpretada como a aplicação de uma pena, a prisão, para que reste justificada a custódia do acusado para, ao final do processo, ser submetido ao cárcere. De outra maneira não deve ser, já que se a aplicação da lei penal constituir numa absolvição, não há razões para se prender preventivamente. Desta forma, neste caso, é impossível não haver um juízo prévio de culpabilidade.

Sobre os efeitos do encarceramento cautelar na consciência do julgador, WEDY pondera que “a prisão adquire, pela perpetuação, um caráter de pena antecipada, atuando de forma a aniquilar na consciência do magistrado a presunção de inocência” (2004, p. 87)

Embora se constate, como ponderado alhures, o uso excessivo das medidas cautelares, existem julgados do Supremo Tribunal Federal que, perfilhando um entendimento garantista, vem consagrando o princípio do estado de inocência (conhecido também como da “não-culpabilidade), muito embora não tenha se manifestado quanto à incompatibilidade entre as hipóteses do art. 312, CPP, e a CF.

[...] O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. (HC 89501, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 16-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02268-03 PP-00530)

Se se quer admitir que, de fato, a prisão processual tem algo de essencial que a difere da prisão pena, é preciso começar a assumir a postura de somente dirigir esta última a quem efetivamente foi considerado culpado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, para que não incorrer numa presunção de culpabilidade do acusado, pela utilização das hipóteses do art. 312 supracitadas, a postura adotada deve ser aquela segundo a



qual a prisão cautelar deve ser instrumento do instrumento e não uma antecipação da pena sobre alguém que o magistrado “acha” que irá cometer delitos perturbadores da ordem ou sobre quem recairá uma incerta condenação.

PRISÃO PREVENTIVA COMO EXTREMA E ÚLTIMA MEDIDA

O que se observa no âmbito do direito processual penal é uma verdadeira abstração do seu caráter instrumental “substituindo-o por uma sanção imediata e pronta, propulsora do exercício da violência estatal, em desrespeito ao princípio do *nula poena sine iudicio*” (WEDY, 2004, p. 88)

Com efeito, das hipóteses inscritas no dispositivo legal em comento, apenas a hipótese de decretação por conveniência da instrução criminal, pode ser tida como instrumento do instrumento. E mesmo assim, deve ser manejada com bastante cautela, pois jamais poderá deixar de levar em conta que para atingir um fim que é dever do Estado estar-se-á utilizando-se da liberdade de um indivíduo como meio. Relevante, nesse sentido, a ponderação de Binder: “Se o Estado é incapaz de proteger sua própria investigação, não pode responsabilizar o acusado, muito menos à custa da privação de sua liberdade” (*apud* SILVA, 2005, 46).

Por outro lado, é imperioso concluir, assim como VIEIRA, que “a prisão provisória somente será constitucionalmente tolerada quando cumprir funções distintas das da pena” (2005, p. 61). Por seu turno, estas funções só restaram cumpridas se observado o princípio constitucional da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso). Do contrário será incorrer em insofismável inconstitucionalidade.

Respeitar uma atitude deste jaez é contribuir para a eliminação do quadro verificado pelo ilustre jurista argentino adiante transcrito:

[...] pode-se afirmar que o poder punitivo na América Latina é exercido mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, ou seja, trata-se, na prática, de um direito penal de periculosidade presumida, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória forma à maior parte da população encarcerada (ZAFFARONI, 2007, p. 71)

CONCLUSÃO

Diante do desvirtuamento do uso das prisões cautelares, alguns autores, como MAIA NETO, chegam a propor o seu fim: “los institutos de prisión preventiva y temporal deben ser derocados, porque se igualán a una verdadera condena criminal, no estan siendo usados como una medida cautelar procesal de excepción” (*apud* LAZZAROTTO, 2004, p. 308). Enquanto isso não for possível, é preciso que o operador do direito interprete as medidas cautelares pessoais do processo penal em conformidade estrita com a Constituição Federal de 1998.

Obtempere-se, ainda, que o fato de processual penal não tipificar outras medidas cautelares que assegurem a instrução criminal, à luz do ordenamento jurídico, não é possível



XII SEMOC SEMANA DE
MOBILIZAÇÃO
CIENTÍFICA
SEGURANÇA: A PAZ É FRUTO DA JUSTIÇA



vislumbrar qualquer óbice a adoção de referidas medidas. Estas, entretanto, deverão ser sempre menos gravosas do que a prisão cautelar ou mesmo a pena.

Assim, conclui-se que, ainda que se admita a prisão preventiva dentro dos fins a que ela se propõe (como instrumento do processo), somente poderá ser utilizada se necessária, adequada e proporcional, e sempre como medida excepcional.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Rogério Marcus. A razão da prisão provisória. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2850>>. Acesso em: 20 de maio 2009.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Germape, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LAZZAROTTO, Cezar Paulo. A prisão cautelar como antecipação da pena. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**. Umuarama. v. 9, n. 2, p.297-312, 2006.

SILVA, Antônio Alcebiades Vieira B. da. **Prisão provisória e garantismo: por um processo penal da liberdade**. 2005. 132 f. Monografia (Pós-graduação). Curso de Direito. Universidade Salvador - UNIFACS

WEDY, Miguel Tedesco. Prisão Cautelar e princípios constitucionais. **Justiça do Direito**. Passo Fundo, v. 18, n. 1, p. 77-94, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.