

Prisão preventiva e presunção de inocência

Eduardo Vera-Cruz Pinto¹

Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

A prisão preventiva corresponde normalmente a uma violação da regra jurídica de presunção de inocência do suspeito investigado até trânsito em julgado da sentença.

A regra da presunção de inocência, ou de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença de todo aquele que é investigado, acusado e julgado por suspeita de ter praticado um crime, é essencial para a sobrevivência do Direito nas nossas sociedades digitais e desinstitucionalizadas.

A sua formulação, de modo ainda muito incipiente, remonta ao Direito Romano: *innocens praesumitur cuius nocentia non probatur omnis praesumitur bonus nisi probetur malus*.

Quem acusa deve provar o que alega (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* D.22.3.29). Se o conseguir existe contraditório do acusado no processo perante um juiz. Se o julgador, mesmo assim, tiver dúvidas quanto à culpa do acusado deve absolvê-lo. Inocência até à condenação definitiva (sem possibilidade de recurso) e absolvição (por falta de prova ou em caso de dúvida do julgador) são direitos da pessoa humana vivenciados na comunidade política de que faz parte e garantidos pelos juízes em tribunais judiciais exercendo o *jus puniendi* do Estado.

Só assim, em Direito, nos entendemos; só assim, por estas regras, queremos viver.

Não basta, para isso, escrevê-lo em Constituições, em tratados internacionais, em Declarações universais de Direitos e em leis; desenvolvê-lo em manuais de ensino jurídico; ou proclamá-lo em discursos judiciários. É preciso levá-lo à prática obrigando ao seu escrupuloso respeito, resistindo à demagogia mediática, ao populismo político e ao justicialismo judiciário. Infelizmente, não é a isso que estamos a assistir e, por isso, pego na pena para escrever este depoimento.

Em sociedades em que o Estado está debilitado e sem instrumentos efetivos de intervenção em defesa dos mais fracos no processo perante os poderes instituídos; em que as empresas privadas de comunicação social atingem lucros superiores explorando sentimentos de inveja e de vingança da massa telespectadora “canora e belicosa”; em que os titulares de funções políticas têm um longo historial de aproveitamento pessoal

¹ Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Europeia (Lisboa/Portugal); Diretor do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade, Decano do Conselho Superior da Magistratura de Portugal e Professor Visitante da Faculdade de Direito da PUC-SP.

no e pelo exercício de cargos públicos – é fácil argumentar contra as regras jurídicas, construir exceções, conceder nos princípios.

É exatamente em momentos como estes que se deve fazer sentir a voz dos jurisperitos para lembrar que é nas circunstâncias mais difíceis e nas situações mais críticas que o Direito deve impor-se, através de suas regras, para defender aqueles que, sendo alvo de uma investigação policial, ficam expostos a todos os ataques e ofensas, pois esta é a única possibilidade de se fazer Justiça.

Cabe aos jurisperitos alertar para um certo facilitismo de alguns procuradores e de juizes deles cúmplices que, certamente com boas intenções e melhores propósitos, recorrem frequentemente a penalidades preventivas legalmente fixadas, como a prisão, mas injustas porque desproporcionadas; e não evitam humilhações públicas, previsíveis e muitas vezes desejadas, de pessoas alvo de investigações policiais.

Como se já não bastasse entregarmos a formação jurídica universitária dos nossos jovens às *madrassas do mercado*, em que transformaram as Faculdades de Direito atuais; como se não fosse suficiente entregar o Direito todo à expressão normativa dos consensos partidários positivados na Constituição e nas leis; como se fosse normal admitir que juizes aplicadores de leis sem legitimidade jurídica sapiencial reconhecida criem Direito com as suas decisões; como se a aplicação do Direito pudesse ser um carnaval mediático de apresentação “hollywoodesca” com atores togados – agora temos uma nova forma de aplicar a regra da presunção da inocência fundada no princípio político da aparência de culpa (criada pela comunicação social, exigida pelas polícias e pelos procuradores e assente na livre apreciação da prova pelo julgador para formar a sua convicção em virtude do princípio da prova livre que aqui vigora).

A vivência da regra de presunção de inocência numa sociedade não é só – e não deve ser sobretudo – um assunto de especialistas, de titulares de certos cargos, de eruditos moralistas, de comunicadores televisivos, porque é um dos primeiros temas da nossa cidadania, exigindo-nos a participação política e a intervenção no espaço público.

Por isso, este é o momento de afirmar princípios de Direito e de lembrar regras jurídicas, voltando à simplicidade dos fins visados com eles na prossecução da Justiça para cada um de nós como melhor forma, no concreto de cada caso, de chegar à justiça para todos, como um Bem Supremo de um Estado de cidadãos defendido por juizes de Direito.

O principal corolário da efetivação da regra de presunção da inocência a fazer cumprir pelos juizes nos tribunais é o de garantir a liberdade dos investigados até que uma pena de privação da liberdade seja declarada por sentença de que já não haja recurso; ou que uma medida de segurança seja excepcionalmente imposta pela extrema perigosidade do suspeito ou o perigo que corre a sua vida ficando em liberdade, não havendo outro modo de evitar estas situações.

Tudo isso parece importar menos que a acusação de inocentes expostos em pelourinhos televisivos para gáudio da multidão e o interesse de quem o faz. Um faroeste judiciário em que se pretende apenas guardar as aparências de imparcialidade há muito perdidas na sua efetividade material.

Apontado o suspeito pela polícia, a multidão leva a corda da forca, o linchamento é concretizado pelo Ministério Público perante a passividade (senão com a cumplicidade) do juiz, que está lá para fazer cumprir o Direito que não permite que assim se faça. Esta é a realidade de hoje: o tribunal foi ultrapassado pelo julgamento da multidão excitada pela comunicação social, vingando as teses da polícia e dos procuradores sem

contraditório, sem julgamento, sem justiça – com a conivência do juiz que valida tudo isto; e mais o que vier.

O juiz pode intervir para ajudar na produção da prova, mas só deve fazê-lo se, com isto, não estiver ele próprio a preterir regras jurídicas que existem para a defesa de direitos de personalidade do acusado. A defesa doutrinária de um processo inquisitório preponderante (com um juiz todo poderoso) em investigações criminais, que têm como suspeitos pessoas públicas, não tem fundamento jurídico e viola os princípios da imparcialidade do juiz e da igualdade das partes no processo.

Por causa do poder atual da comunicação social, pretendeu-se igualar, quando em conflito, com muita prosa e argumento, a regra da presunção de inocência de uma pessoa com o direito à informação dos cidadãos desenvolvido com recurso ao princípio da liberdade de expressão concretizado na liberdade de imprensa.

A hierarquia valorativa dos direitos na *jurisprudencia* hoje consolidada não deixa dúvidas: os direitos da personalidade prevalecem sobre os direitos fundamentais (sendo importante superar, pela interpretação jurídica, a horizontalidade normativa da Constituição quando lhes dá o mesmo relevo e importância); os direitos da pessoa prevalecem sobre os direitos do grupo, da comunidade ou de outra pessoa quando não está a causa um direito seu de personalidade de igual valia jurídica.

Muito já se escreveu – sobretudo em ambiente de globalização liberal, empresarial e individualista – sobre a defesa da comunidade contra a pessoa que a ameaça e a responsabilidade social da *media*; muito já se sofreu pela invocação geral e abstrata de razões de Estado, de Igreja, de família, etc. acusando pessoas isoladas e desprotegidas, que depois são inocentadas pelos tribunais. O Estado pode ser brutal, sobretudo se se sentir ameaçado; e os cidadãos podem ser cegos e cruéis se estiverem inseguros e com medo. O bode expiatório é uma coisa muito séria em acusações feitas em certas circunstâncias e ambientes. Os juristas conhecem a história dos casos e a formulação das regras para poderem intervir pelo Direito em prol da Justiça.

Aceitamos um modo de vida e de estar em sociedade que marginaliza, na divulgação do Direito, os juristas e valoriza os comunicadores de massas com antena para comentar “a Justiça”; afastamos progressivamente as regras jurídicas em que assentávamos a confiança nos outros e nas instituições públicas; normalizamos a desonestidade e o egoísmo, premiando a violência e a indiferença; aceitamos o excesso despropositado e desnecessário nos julgamentos mediáticos como forma legítima de liberdade de expressão face aos suspeitos investigados pelas polícias; fechamos os olhos à divulgação de segredos de justiça deixando impunes os seus autores e aqueles que lucram com o crime. De que nos queixamos?

Sem saber bem como, ao sabor e sob a batuta de poderes fáticos sem controlo, e sem consciência da gravidade do momento podemos chegar a um Estado autoritário pelo judiciário e à condição de súbditos pela incapacidade/impossibilidade de defesa dos suspeitos face às novas agressões do *todo contra o um* (do Estado contra o cidadão) e à imposição eficaz de meios utilizados por poderes vários que – além do Direito, fora dos tribunais, antes dos julgamentos – efetivam na sociedade uma culpa de presuntos inocentes que já é toda a condenação.

O que vigora efetivamente entre nós é o princípio da presunção social da culpa; aumentado nos seus efeitos negativos pela morosidade da lide até ao trânsito em julgado da sentença; e pela forma como os tribunais permitem a culpabilização de inocentes

pelas regras do Direito nos meios de comunicação social, com total desrespeito pelos seus mais elementares direitos.

Suspeitos sem direito a presunção jurídica que os defenda por terem sido quem foram no exercício de funções políticas ou empresariais; submetidos à cobardia das denúncias anônimas e à maledicência publicada e comentada sem freio ou critério, voltámos ao tempo da condenação *ipso nomen* e aos julgamentos vindos da rua já com sentença predeterminada. Tudo admitido em nome dos direitos e dos princípios e das pessoas e da democracia e de tudo o que couber na demagogia de quem vive à custa destes sacrifícios de regras jurídicas e das pessoas que elas deviam proteger.

É preciso valorizar a vigilância, a investigação e a opinião sobre os titulares de poderes públicos em defesa da democracia ou de outros valores importantes (sem concessões a considerar aí existir um “controlo democrático”) pelos jornalistas e os meios de comunicação social; fazê-lo privilegiando o princípio da publicidade e do acesso ao processo por aqueles que devem informar.

Mas não se pode confundir o jornalismo assim feito e os seus nobres propósitos com a atividade dos tribunais, nem com a permissão dada ou o privilégio concedido a pessoas ou grupos (jornalistas e empresas onde trabalham) para violarem direitos de personalidade e regras jurídicas essenciais para o Estado de Direito que dá prioridade à defesa da pessoa e da sua dignidade sobre qualquer outro valor ou princípio.

Esta é a regra da sociedade que quer viver o (no) Direito protegendo as pessoas e a sua dignidade; e procurando pela divulgação do bom exemplo e pelo prémio de quem age de acordo com as regras jurídicas, promover uma educação para a justiça.

Aceitando o contrário disto, queremos ainda manter vigente o princípio *nulla poena sine culpa*, tentando conciliar a prisão (que é sempre uma pena) sem culpa (prisão preventiva) pela suspeita de crimes que exigem culpa provada para haver pena privativa de liberdade. É um esforço doutrinário inglório pela evidência da contradição que está na sua génese.

Por outro lado, invertemos os termos da equação jurídica e colocamos juízes nos lugares dos políticos, exigindo deles o saneamento da República e o êxito no combate à corrupção, quando só pela educação escolar e cívica pode haver ganhos não repressivos nessa calamidade política que debilita a Democracia. Mas é pior se existirem juízes que se prestem, seja qual for o motivo pelo qual o fazem, a esse papel de moralistas políticos e de justiceiros sociais, utilizando os tribunais e os poderes da sua função para executarem esse papel.

Apesar de pequena minoria, são já demasiados aqueles que, cobertos pelo manto sagrado que é a toga judicial e pela exercício da função de judicatura, inscrevem o seu nome como estrelas no espetáculo televisivo da Justiça. Mesmo revelando pudores próprios do estatuto profissional, estes juízes, com a sua ação punitiva antes do trânsito em julgado de sentenças, acabam por contribuir para a falência do Direito, o descrédito dos tribunais e o desrespeito da Justiça.

Os tribunais judiciais não são populares ou mediáticos, nem os juízes representantes do Povo (seja lá isso o que for aqui); o tribunal faz justiça através de juízes que aplicam o Direito, na forma como interpretam as normas legais, aplicando-as de forma adequada aos casos que julgam. Fora disto existe muita conversa e alguma controvérsia, mas não pode haver, entre jurisprudentes, nenhuma divergência sobre isto: a presunção de inocência implica manter em liberdade o suspeito ou acusado até o trânsito em julgado da sentença.

O juiz garante o Direito, aplicando no tribunal a regra jurídica superior visando à justiça do caso concreto e defendendo o acusado contra todos os abusos da acusação, permitindo-lhe todos os meios de defesa a começar pela sua capacidade física, moral e psicológica de se defender em liberdade e de ser considerado inocente perante o tribunal e a sociedade quando se está a defender. Não apenas na formalidade das liturgias judiciais e processuais, mas, e sobretudo, na sociedade onde vive e onde está a ser acusado.

A possibilidade dada ao investigado de, em liberdade e com a presunção de que é inocente aceite pelo juiz, praticada por aqueles que o investigam e plenamente vivenciada na sociedade em que está, é a única via jurídica para garantir um julgamento justo e uma sentença adequada. O juiz é o garante último desse Direito do suspeito, que é um dever da polícia, do Ministério Público, da sociedade em geral. Esse é também o supremo dever do juiz num Estado de direito democrático. O seu contrário, como está a acontecer com demasiada frequência em processos mediáticos porque envolvem pessoas públicas, é a derrocada do pouco Direito que ainda resta nas nossas sociedades.

Como lembrei já tantas vezes, a respeito dos Estados totalitários nacional-socialista, fascista e soviético, e agora, infelizmente, também no Estado auto-intitulado democrático e de Direito. Nas teias das constituições e das leis que teceu, construiu: um monismo legalista de Estado com a lei a ser fonte de todos os ataques ao Direito e à pessoa humana, e um poder autorreferencial de Estado sem controlo e pouco limite, como o poder judicial. Só resta o juiz como barreira última aos abusos dos acusadores farisaicos e dos justicialistas demagógicos e populistas.

O juiz não pode ser protagonista de uma caça às bruxas que tem como alvo os políticos, os banqueiros, os militares, os sacerdotes, os titulares de qualquer instituição, consoante o interesse da *media* ou a moda do momento. O juiz segue o Direito sem preconceitos, pela via do processo, aplicando regras jurídicas para manter a balança equilibrada e aberta a possibilidade de Justiça em cada caso que julga.

O juiz não pode ser aquele que interpreta normas legais contra as regras jurídicas que defendem o investigado/suspeito/acusado, por exigência elementar de Justiça, para corresponder às *expectativas da sociedade*, ou ao *clamor público* na conformação que lhe é dada pela inflamada pena dos autores de editoriais e de construtores de notícias para consumo de públicos ensonados e ignorantes.

Podemos sempre erguer muros de palavras e jogos técnico-legais ou dogmáticos em torno do papel do juiz de instrução e da sua especial inserção nos processos de investigação de crimes ao lado do Ministério Público, para defesa do Estado.

Podemos acreditar que sua função judicial é mitigada pela circunstância funcional em que se encontra e pela necessidade de apoiar a investigação. Não podemos é deixar de lhe exigir que tenha o comportamento requerido a um magistrado judicial que não se refugia na lei e na sua interpretação mais conveniente, para derrogar regras essenciais de defesa da civilidade jurídica e das pessoas investigadas por suspeita da prática de crimes.

Se o que está a acontecer é um rápido e sistemático recurso à prisão preventiva pelos juizes como forma de diminuir a possibilidade de defesa e a capacidade do suspeito para responder às suspeições e ter liberdade e tempo para fazer a sua defesa, então temos de modificar os pressupostos da prisão preventiva – que é sempre uma pena sem sentença – e a forma legal de intervenção do juiz em tais casos.

Mesmo que se justifique a prisão preventiva como essencial para a investigação, por haver perigo de ocultação ou destruição de parte da prova ou por perigo de fuga, nunca

suficientemente provado nos casos conhecidos, a liberdade do suspeito é um valor jurídico superior à da defesa da investigação para uma adequada acusação. E isso não passa apenas pela invocação da primazia das normas constitucionais vigentes e aqui aplicadas, mas pela repetida comum opinião dos doutores que constitui *in casu* a *iurisprudencia* aplicável a esta matéria jurídica.

Tentar colocar em paralelo um princípio processual como o da investigação judicial a par de uma regra como a da presunção de inocência não tem qualquer apoio jurídico; defender a privação da liberdade de um suspeito – que é sempre um expediente acusatório, apenas fundado na necessidade, adequação e proporcionalidade da medida – é reduzir os seus direitos ao universo da acusação, perdendo de vista a presunção de inocência, a paridade das partes no processo e os direitos de personalidade do suspeito.

A questão das restrições de direitos fundamentais por *necessidade do processo* é um tema querido aos constitucionalistas, que normalmente se opõem; a preterição de direitos da personalidade por imposição processual determinada por juiz para servir a acusação é juridicamente injustificada e unanimemente condenada pelos jurisperitos com auctoritas na formação de uma *communis opinio doctorum* sobre o tema.

Não se pode prender suspeitos para obter prova da prática de um crime ou por mera suspeita fundada em testemunhos e documentos analisados por juizes de instrução sem o devido contraditório. Só se pode prender fazendo prova que o crime ocorreu por culpa do suspeito e ela for aceite por juiz equidistante da defesa e da acusação em julgamento com contraditório, não só necessário como adequado. A prisão é uma pena sem mas...; e existem condições muito precisas colocadas pelo Direito, muito além das normas legais vigentes, para que ela possa ser imposta.

Cabe ao juiz, perante um conflito que lhe é apresentado, *jus dicere*, isto é, através de um processo judicial, dizer o direito. Só o pode fazer no âmbito de um processo jurisdicional que tem como princípio estrutural a garantia da igualdade/paridade das duas partes em confronto – a acusação e a defesa.

Ora, não pode haver nenhuma vantagem do Ministério Público como parte no processo penal, com base em considerações institucionais comunitárias/estadualistas de representação do interesse público ou outras (pelo contrário, o equilíbrio entre as partes muitas vezes impõe ao juiz a proteção da parte mais fraca que é o suspeito).

Decretar a prisão preventiva para ajudar a acusação em prejuízo das garantias de defesa do suspeito/acusado e contra as regras jurídicas que o protegem seria fazer do juiz um desequilibrador dos pratos da balança da Justiça e um agente perturbador do processo pelo desrespeito do princípio da paridade entre as partes.

Em suma, o juiz ao decidir pela prisão preventiva de um suspeito a pedido do Ministério Público, com base nos prejuízos que este possa causar na produção da prova ou de possibilidade de fuga, pode estar apenas a garantir uma vitória processual injustificada da acusação, violando regras fundamentais de defesa do acusado e princípios vitais do processo penal. Ora, isso só acontece nos, tristemente célebres, processos políticos em situação de ditadura ou de autoritarismo político; não pode acontecer em Estados de Direito democráticos.

Resistindo à tendência moralista de fazer dos códigos penal e de processo penal um conjunto de normas que reprime a falta de virtudes das pessoas, não permitindo retrocessos na civilidade jurídica expressa em regras como a da presunção da inocência dirigido a todos, *in dubio pro reo* dirigido ao juiz, e de o ónus da prova ser de quem

acusa – importa, hoje, perante a banalização das prisões preventivas (estamos a perder, de forma seletiva, a natureza excecionalíssima da prisão preventiva) e o “apoio popular” aos juízes que as decretam, lembrar como, na História, a vontade de reprimir crimes e perseguir suspeitos de os praticar levou a injustiças brutais e à aceitação de tortura e de arbitrariedades pelos poderes policiais e judiciais.

Só resistindo a esse tipo de atitudes judiciárias, como a vulgarização da prisão preventiva de suspeitos conhecidos e controversos, se pode manter a paz pela justiça. Toda a segurança (ou sensação dela) conseguida com o sacrifício de regras jurídicas é transitória e circunstancial. Logo passa e deixa o ressentimento e o conflito pela lembrança das injustiças cometidas e o desprezo de quem as cometeu em nome da segurança pessoal, de uma moralidade de grupo, ou da tranquilidade pública.

O processo penal requer respeito pela dignidade da vítima e do eventual culpado. É exatamente a noção de culpa que leva à pena privativa da liberdade. O culpado sentenciado por sentença transitada em julgado numa pena de prisão vai expiar a sua culpa e, por ela, é-lhe devolvida a inocência perdida com a sentença condenatória que o declara autor do crime.

Na prisão antes da sentença, não há nada disso: a inocência é retirada ao suspeito sem defesa e antes de provada a culpa. Inocência retirada a um cidadão fragilizado pela suspeita, mas no pleno uso de todos os seus direitos, por um juiz de forma irremediável e definitiva pelo efeito mediático e digital que a prisão, sempre associada à culpa, tem na sociedade da informação e do espetáculo que é a nossa.

Na prisão preventiva, as considerações relevantes são sempre procedimentais e genéricas. Normalmente, com a invocação de ser ela a única forma de garantir a proteção à sociedade ameaçada pelo crime cometido através da possibilidade de construir uma boa acusação com a demonstração probatória em juízo. Só que, quando os juízes derogam princípios jurídicos fundamentais e regras densamente fundamentadas pela doutrina e persistentemente prosseguidas pelos tribunais, privilegiando argumentos securitários da multidão e seguindo expedientes processuais da acusação, é a sociedade que perde e o Direito que se afasta para dar lugar à política, à força, à imposição arbitrária e subjetiva.

Prender inocentes, sobretudo quando suspeitos em investigação policial e do Ministério Público, é sempre um sintoma de fraqueza do Estado que investiga e de debilidade do direito que sustenta a acusação. Afirmá-lo é um dever dos juízes e dos jurisprudentes, sejam quais forem as consequências que essa afirmação jurídica venha a ter.

A inocência é um primeiro direito de personalidade a exercer na *civitas* pelo cidadão que deve ser garantido – não derogado – pelos juízes nos tribunais. A inocência perdida com a prisão preventiva de um suspeito declarado inocente por sentença transitada em julgado não pode ser devolvida. Como nas considerações em torno na pena de morte, tanto basta para que não haja nada de jurídico nesse tipo de decisões judiciais.

Assim sendo, independentemente das simpatias pessoais ou políticas com aqueles que são presos preventivamente, importa lembrar que cabe ao juiz aplicar as regras jurídicas e estas dão primazia à presunção de inocência de uma pessoa sobre qualquer consideração de ordem processual ou policial. Em Estados de Direito democráticos, como aquele em que vivemos, é dever funcional do juiz garantir que assim é e usar o seu *imperium* para fazer respeitar o Direito seja qual for a pressão que sobre ele seja exercida.

E, de uma vez por todas, importa levar à prática judiciária a relevância personalista e o valor estrutural que tem para o Estado de Direito a regra jurídica de presunção de inocência do investigado/acusado até ao trânsito em julgado de sentença condenatória (isto é, uma sentença que pode ser mais objeto de recurso para tribunal superior).

Fazer da exigência jurídica de respeito escrupuloso e integral desta regra um dever profissional do juiz no exercício da judicatura, significa afastar a sombra que ainda paira nos tribunais de sua consideração como mera regra probatória com relevância recortada no interior do processo.

Concluo, assim, que, numa situação de sucessivas e constantes prisões preventivas de líderes políticos, governantes e ex-governantes, de empresários de topo, de procuradores e de polícias por corrupção, lavagem de dinheiro, branqueamento de capitais, fraude fiscal e outros crimes graves, exige-se aos juízes um esforço suplementar de coragem face a ambientes hostis, na aplicação das regras jurídicas que defendem os suspeitos. A garantia de que a presunção jurídica de inocência é efetivada pelos tribunais passa por uma limitação muito rigorosa da prisão preventiva e por uma consistente e bem argumentada explicação pelo juiz que a decreta da sua excecionalidade, no caso de ser mesmo imprescindível recorrer a ela.