



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPACTOS NA PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Avidio Napoleon Mello e Castro

Rio de Janeiro
2021

AVIDIO NAPOLEON MELLO E CASTRO

IMPACTOS NA PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C.F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro
2021

IMPACTOS NA PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Avidio Napoleon Mello e Castro

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – o entendimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de que a presunção de inocência se prolonga até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, até que não seja mais cabível Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, nem Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, colide com o entendimento e a prática, pelos juízes e tribunais, do instituto da prisão preventiva. A essência do trabalho é abordar essa colisão entre os institutos da presunção de inocência e da prisão preventiva, a melhor interpretação a ser dada aos dois, comparando o entendimento teórico desses institutos com o que se vê na prática, examinando o que ensina a doutrina hermenêutica.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Prisão Preventiva. Presunção de Inocência.

Sumário – Introdução. 1. Interpretação dos art. 311 a 316 do CPP após mudança de entendimento do STF sobre o art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88. 2. O problema hermenêutico das presunções conflitantes. 3. Interpretação teórica *versus* realidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute os impactos no instituto da prisão preventiva em face da presunção de inocência considerada até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para tanto, aborda-se a recente mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a presunção de inocência se prolonga até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, até que não seja mais cabível Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, nem Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, o que causou impactos em outros institutos como, por exemplo, o da prisão preventiva.

Objetiva o artigo discutir a melhor interpretação a ser dada ao instituto da prisão preventiva em face da recente interpretação constitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Visa a confrontar as diferentes interpretações dos artigos do Código de Processo Penal atinentes à prisão preventiva em seus antagonismos e presunções colidentes com o dispositivo constitucional respectivo. Analisa, ainda, a difícil convivência de duas realidades distantes: o encarceramento com base em análise superficial e a liberdade mesmo após várias condenações analisadas em primeira e segunda instância por vários juízes e desembargadores.

Prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva, conforme artigo 312, pode ser decretada em 4 (quatro) hipóteses: como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal e, por fim, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Há, ainda, uma quinta hipótese, presente no parágrafo primeiro do art. 312, qual seja, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Essa presunção de inocência, como vê o Supremo Tribunal Federal, colide com o que o magistrado tem que presumir para decretar a prisão preventiva, num antagonismo de difícil solução: inocente não foge, inocente não destrói provas nem oferece perigo à ordem pública ou econômica.

O tema é instigante e provocador, principalmente se considerada a ampla utilização da prisão preventiva no Direito Processual Penal teórico e na prática dos juizados penais. A prisão preventiva é largamente utilizada, até mesmo numa cognição não exauriente, sem detido exame de provas e contraditório, para encarcerar, por períodos, não raras vezes, longo, suspeitos de crimes apenados modestamente. Por outro lado, condenados por mais de uma vez em primeira instância, com suas penas reanalisadas em segunda instância por órgão colegiado, apenados com algumas dezenas de anos de encarceramento, permanecem soltos por serem presumidos inocentes. Isso justifica um estudo científico mais aprofundado.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando como pode ficar a interpretação dos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal em face de recentes alterações, pelo Supremo Tribunal Federal, do alcance do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, impondo que se considere inocente o acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Analisa-se a constitucionalidade desses dispositivos ante a novel interpretação. Discute-se o futuro da aplicação do instituto da prisão preventiva diante desse posicionamento do STF.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, como posicionar a hermenêutica perante a dicotomia na interpretação desses dispositivos. Discute-se se são presunções antagônicas a de inocência e as que autorizam a prisão preventiva. Numa interpretação teleológica, verifica-se como fica a prisão preventiva, bem como numa interpretação sistemática.

O terceiro capítulo pesquisa a realidade forense e prisional confrontada com a interpretação teórica da prisão preventiva e mostra que há um abismo entre as duas, analisando como compatibilizar realidade e teoria no instituto da prisão preventiva.

A pesquisa é desenvolvida numa abordagem qualitativa, com análise dos principais institutos envolvidos e do que se tem de discussão sobre o tema até o momento. Pretende-se, com base nas técnicas de hermenêutica, tanto de norma constitucionais quanto de dispositivos infraconstitucionais, verificar a compatibilidade das interpretações comumente dadas aos institutos da prisão preventiva e da presunção de inocência. Examina-se a possibilidade de convivência harmônica ou, por outro lado, se uma delas tem que ceder à outra, por ser a concomitante observância impossível. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar a sua tese.

1. INTERPRETAÇÃO DOS ART. 311 A 316 DO CPP APÓS MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF SOBRE O ART. 5º, INCISO LVII, DA CRFB/88

A prisão preventiva, conforme Lima¹, é espécie do gênero prisão cautelar, tendo como principais características: 1) ser decretada pela autoridade judiciária competente; 2) mediante provocação durante as investigações, podendo ser de ofício durante o processo criminal; 3) presentes os requisitos do art. 313 do CPP – Código de Processo Penal²; 4) ocorrendo os motivos autorizadores do art. 312 do CPP³; 5) quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 do CPP⁴; 6) revisada sua manutenção a cada 90 dias, conforme parágrafo único do art. 316 do CPP⁵. Deve ser medida extrema, a ser tomada quando, na visão do magistrado que a decretar, não houver outra maneira de evitar os efeitos deletérios que a liberdade do investigado ou réu pode acarretar e que a lei não tolera.

Considerando a definição dada e a aplicabilidade excepcional da prisão preventiva, seria de se esperar que tal medida fosse rara e destacada. Não é o que acontece. Expressiva parte dos encarcerados no Brasil está presa preventivamente. Uns aguardam o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, outros estão respondendo a processo penal em curso, outros, ainda, já foram condenados em primeira ou segunda instância, mas não há o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Entretanto, nada disso tem sido considerado anormal. É situação comum, a se estranhar um estado diverso de coisas. Relatório do DEPEN –

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 7. ed. Salvador: JusPodivn, 2019, p. 983.

² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

Departamento Penitenciário Nacional⁶ aponta que, no período de janeiro a junho de 2019, no Brasil, de um total de 752.277 presos, 248.929 estavam presos provisoriamente. São 33% dos presos nessa situação. O Ministro da Justiça e Segurança Pública, entretanto, já declarou que “do atual MJSP você não vai ouvir o surrado discurso de que se prende demais no Brasil”⁷.

O Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar sobre a abrangência e o alcance do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸, no julgamento das ADC - Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43⁹, 44¹⁰ e 54¹¹, impôs que o início do cumprimento da pena deve ocorrer somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dito de outro modo, o acusado ou réu é presumido inocente até que não caiba mais recurso algum, aí incluídos o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Por ter sido tomada em sede de ADC, esta decisão tem efeitos *erga omnes*, vinculantes e retroativos.

Surge, daí, de maneira imediata, a pergunta: como fica a constitucionalidade e a aplicabilidade da prisão preventiva, em face da interpretação do dispositivo constitucional citado? Lembrando ser o Código de Processo Penal uma lei infraconstitucional e que já existia desde 1941, portanto, desde muito antes da Constituição, só restam três hipóteses: ou os artigos em comento colidem frontalmente com a Carta Maior e, assim, não foram recepcionados por ela, sendo revogados; ou estão plenamente de acordo com o texto constitucional, sendo desnecessário maior dispêndio de energia com a interpretação que os coadune à Constituição Federal; ou, ainda, merecem a chamada “interpretação conforme”, que, dentre as diversas interpretações possíveis dos dispositivos em análise, lhes confere a que melhor se adequa à Lei Magna.

⁶ DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – junho de 2019*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjQzLiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁷ INFOPEN 2019. “*Não há qualquer excesso de prisão preventiva no Brasil*”, defende Moro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/nao-qualquer-excesso-prisao-preventiva-brasil-moro>>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2021.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949163&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2021.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949506&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2021.

Ocorre que nada disso aconteceu. As consequências da decisão da Suprema Corte ainda não alcançaram a interpretação que se deve dar aos dispositivos que tratam da prisão preventiva no CPP. Vai daí que surge um limbo hermenêutico. Para decretar a prisão preventiva de alguém, o magistrado deve, minimamente, considerar que o acusado ou réu pode fugir, pode destruir provas, ou pode oferecer perigo à sociedade se ficar solto. Entretanto, isso colide com a imposição de que deve presumir que ele é inocente. São mutuamente excludentes as presunções de inocência e de possibilidade de fuga, destruição de provas ou oferecimento de perigo à sociedade. Dito de outro modo, inocente não foge, inocente não destrói provas e inocente não oferece perigo à sociedade¹².

Note-se, não há saída possível para o impasse acima registrado a não ser a revisão, pelo Poder Legislativo Federal, ou da lei processual penal infraconstitucional, o que é mais fácil e exige menor quórum, ou do dispositivo constitucional previsor da presunção de inocência, ou de ambos. Estamos a olhar, mas sem querer ver, uma situação de completa incoerência no ordenamento jurídico, de consequências imponderáveis. Um magistrado poderia, com base na interpretação que o Supremo Tribunal Federal deu à presunção de inocência, considerar que o instituto da prisão preventiva não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico. Poderia colocar, assim, perigoso delinquente em liberdade em respeito aos ditames da Lei Maior.

Esse estado de coisas em que condenados em primeira e segunda instâncias, com dezenas de anos de pena aplicada em concreto, já julgados por juízes e colegiados de desembargadores, sob dilação probatória exaustiva, com ampla defesa e contraditório garantidos, continuam soltos por poderem recorrer ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal em liberdade, ao mesmo tempo em que acusados e investigados, mediante cognição sumária não exauriente, com base em uma presunção colidente com a de inocência, são mantidos no cárcere por períodos, não raras vezes, de meses ou até anos, merece uma demorada reflexão e uma tomada de ação por parte do Legislativo e do Judiciário sem medo de atacar o problema de frente.

A melhor interpretação, em apertada síntese, ao dispositivo constitucional é aquela dada anteriormente e que aceitava que a presunção de inocência era mitigada conforme as sucessivas condenações iam ocorrendo, ou até com o evoluir das provas surgidas, mesmo com indícios que iam assessorando as provas a convencer o julgador do cometimento do crime. Ao

¹² Poder-se-ia argumentar que inocente pode oferecer perigo à sociedade. Me vem logo à mente o “inocente” que dirige seu automóvel em alta velocidade. Entretanto, até que provoque um acidente de consequências penais com seu comportamento, sua infração é meramente administrativa, sujeita a uma multa de trânsito. Pensar em encarcerar todo tipo de “inocente perigoso” e não haveria espaço possível em nossos presídios.

mesmo tempo dessa mitigação, ia aumentando a certeza da culpa e da justiça advinda do encarceramento. Por outro lado, as decretações de prisão preventiva devem ser parcimoniosas e revistas periodicamente, não cabendo a manutenção de encarceramento por mera conveniência de política criminal. Em suma, a finalidade de todo o aparato estatal, incluídos o Judiciário, a polícia, o sistema prisional, o Legislativo, deve ser revista: serve para proteger os cidadãos de bem dos malfeitores ou serve para proteger esses malfeitores dos excessos do Poder Público? Ou será impossível atingir os dois objetivos ao mesmo tempo?

2. O PROBLEMA HERMENÊUTICO DAS PRESUNÇÕES CONFLITANTES

No presente capítulo, é visto como posicionar a hermenêutica perante a dicotomia na interpretação dos dispositivos em comento. Discute-se se são presunções antagônicas a de inocência e as que autorizam a prisão preventiva. Numa interpretação teleológica, verifica-se como fica a prisão preventiva, bem como numa interpretação sistemática.

Conforme visto, para decretar a prisão preventiva de alguém, de acordo com o que estatui o Código de Processo Penal, o magistrado deve, minimamente, considerar que o acusado ou réu pode fugir, pode destruir provas, ou pode oferecer perigo à sociedade se ficar solto. Entretanto, isso colide com a imposição constitucional, conforme a última interpretação dada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, de que deve presumir que ele é inocente. São mutuamente excludentes as presunções de inocência e de possibilidade de fuga, destruição de provas ou oferecimento de perigo à sociedade. Conforme afirmei, inocente não foge, inocente não destrói provas e inocente não oferece perigo à sociedade.

Em seu festejado livro sobre hermenêutica, Soares¹³ ensina sobre as antinomias jurídicas, que podem ser próprias, quando uma norma jurídica proíbe uma dada conduta enquanto outra norma jurídica faculta a mesma conduta; ou impróprias, caracterizadas por contradições mais sutis entre as normas jurídicas, envolvendo o conflito de valores, finalidades, sentidos e terminologias do sistema jurídico. Entre estas, temos a antinomia imprópria teleológica, que ocorre quando uma norma jurídica estabelece os meios para a aplicabilidade de outra norma jurídica, mas os meios oferecidos se revelam incompatíveis com o fim previsto na norma originária. O citado autor dá como exemplo a lei que fixa o valor do salário-mínimo

¹³ SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4. ed. Salvador: Saraiva jur, 2019, p. 150.

não atendendo às necessidades vitais do trabalhador, aludidas na norma constitucional do art. 7º da Constituição de 1988¹⁴.

Esse seria o caso em comento: uma norma insculpida no bojo do Código de Processo Penal autoriza a prisão de um suspeito, que nem acusado ou réu ainda é, com base em cognição sumária, em oposição a uma norma constitucional que, segundo interpretação do Supremo Tribunal Federal, só autoriza que se considere alguém culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

É dizer: um condenado em primeira instância a dezenas de anos de reclusão, com a pena aplicada confirmada em segunda instância, com seu caso apreciado e julgado em seu desfavor em recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, ainda assim não pode ser considerado culpado e recolhido à cadeia para início do cumprimento da pena de dezenas de anos porque a norma constitucional, conforme o prisma hermenêutico do STF, impõe seja considerado inocente.

Concomitantemente, um suspeito de furto que, no entendimento precário de um magistrado, antes de devido processo legal, contraditório, ampla defesa, produção de provas e todo o detalhado rito de um processo penal, possa representar perigo à sociedade, é preso “provisoriamente”, prisão essa que pode durar anos. Se não tiver endereço fixo e ocupação demonstrável, pior sua situação.

O citado autor aponta como solução para a antinomia imprópria teleológica o critério hierárquico, que consiste em, havendo antinomia entre uma norma jurídica superior e uma norma jurídica inferior, prevalecer a norma jurídica superior, dentro da concepção piramidal e hierarquizada do sistema jurídico. Por exemplo, havendo conflito entre a Constituição e uma lei ordinária, prevalecer a Constituição, por ser um diploma normativo de hierarquia superior.

Trazendo para o caso em análise, num conflito entre as normas que instituem a prisão provisória no Código de Processo Penal e a norma constitucional de presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, deve prevalecer a norma constitucional, de hierarquia superior à norma infraconstitucional. Simples assim. Conforme afirmado, inocente não foge, inocente não destrói provas, inocente não oferece perigo.

O problema reside nas implicações de tal proceder. Se não houver, no ordenamento jurídico, instrumento para alijar da sociedade um suspeito/acusado/réu/condenado recorrível, dada à morosidade da Justiça para que se opere o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, teremos um reinar de impunidades e caos nas ruas.

¹⁴ BRASIL, op.cit., nota 8.

Trata-se da chamada “redução ao absurdo”, espécie de argumentação lógica em que se toma como verdadeira a negação de determinada assunção e infere-se, a partir daí, uma contradição, o que faz da negação da hipótese inicial um absurdo¹⁵. De outro modo: a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória leva a um resultado absurdo, qual seja, a impossibilidade de se encarcerar alguém antes de tal momento, sob pena de encarcerar um inocente. Vai daí que a presunção inicial está errada.

O respeitável doutrinador Maximiliano¹⁶, em sua brilhante obra, ao discorrer sobre o que denomina disposições contraditórias, entre outros critérios para sanar essas contradições, aponta alguns preceitos diretores, como chama, que devem inspirar o intérprete. Destaco a seguinte magistral passagem: “Prefere-se o trecho mais claro, lógico, verossímil, de maior utilidade prática e mais em harmonia com a lei em conjunto, os usos, o sistema do Direito vigente e as condições normais da coexistência humana”. E continua a lecionar: “Sem embargo da diferença de data, origem e escopo, deve a legislação de um Estado ser considerada como um todo orgânico, exequível, útil, ligado por uma correlação natural”.

Em verdadeira aula sobre interpretação sistemática, aponta o professor que a hermenêutica aplicada a determinado dispositivo não pode romper com a harmonia do ordenamento jurídico como um todo. Extrai-se daí que a interpretação que destoa, que rompe com o entendimento direcionador de todo o sistema de normas como um todo, deve estar equivocada.

De qualquer modo, aplicando as técnicas de hermenêutica, quer se utilize a interpretação sistemática, quer se lance mão da interpretação teleológica, uma coisa desponta como certa: os institutos da prisão preventiva e da presunção de inocência, da maneira com que têm sido empregados, estão em colisão interpretativa. Se for utilizada a interpretação teleológica, deve prevalecer a norma de maior nível hierárquico, ou seja, a presunção de inocência, que repousa no seio da Constituição, devendo o instituto da prisão preventiva ser eliminado ou, no mínimo, ser mitigado drasticamente. Se prevalecer a interpretação sistemática, quem está desconforme com o sistema é a presunção de inocência, pelo entendimento que lhe deu o Supremo Tribunal Federal, que praticamente inviabiliza que se afaste um criminoso da sociedade, levando ao caos e à impunidade.

¹⁵ BARBOSA, João Paulo Carneiro; GALVÃO, Mateus de Souza; SANTOS, Leilane Araujo dos. *O Método de Redução ao Absurdo no Livro I do Elementos de Euclides*. Disponível em: <<https://revistas/uece.br/index.php/BOCEHM/article/download/61/19/>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

¹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 121

Causa espécie que, desde a decisão do STF sobre a presunção de inocência só cessar quando do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não se tenha estranhado a antinomia entre os dois institutos em comento. Ou a presunção de inocência é princípio inarredável, sendo impossível a prisão de inocente, assim considerado quem não tenha sido condenado com trânsito em julgado da sentença, ou é possível a prisão preventiva de quem, em cognição sumária, parece culpado.

Como coadunar esses dois institutos tão diametralmente opostos, que levam a decisões tão díspares como as aqui apontadas? Como admitir a convivência pacífica entre institutos que levam a decisões tão inconciliáveis? Há, afinal, interpretação possível de um dos dispositivos conflitantes que leve a uma convivência pacífica? Como fica a realidade forense e prisional confrontada com a interpretação teórica da prisão preventiva, evidenciado o abismo entre as duas? Como compatibilizar realidade e teoria no instituto da prisão preventiva? Veremos no próximo capítulo.

3. INTERPRETAÇÃO TEÓRICA *VERSUS* REALIDADE

O presente capítulo pesquisa a realidade forense e prisional confrontada com a interpretação teórica da prisão preventiva e mostra que há um abismo entre as duas, analisando como compatibilizar realidade e teoria no instituto da prisão preventiva.

Relembrando, a prisão preventiva, prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal¹⁷, conforme artigo 312¹⁸, pode ser decretada em 4 (quatro) hipóteses: como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal e, por fim, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Há, ainda, uma quinta hipótese, presente no parágrafo primeiro do art. 312¹⁹, qual seja, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Em outras palavras, garantia da ordem pública significa que o suspeito, se permanecer solto, provavelmente vai continuar a delinquir e trazer perigo para sociedade; conveniência da instrução criminal significa que o suspeito pode destruir provas se solto; assegurar a aplicação da lei penal significa que o suspeito pode fugir.

¹⁷ BRASIL, op.cit., nota 2.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

Seja qual for a hipótese que o magistrado utilize para, cautelarmente, mandar encarcerar um suspeito, estará fazendo isso numa cognição não exauriente, ou seja, sem a produção exaustiva de provas sob contraditório e ampla defesa. Estará, esse magistrado, exercendo um juízo de probabilidade, com base na versão dos fatos a ele apresentada naquele momento. Deveria fazer isso parcimoniosamente, guardando tal medida para aqueles casos excepcionalmente graves em que o risco de errar ao decretar a prisão seja pequeno se comparado ao grande risco advindo da soltura do suspeito. Não é isso o que tem acontecido, pelo que se extrai dos dados estatísticos oficiais que se seguem.

Conforme dados do Infopen – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias²⁰, quase um terço dos encarcerados do país está preso provisoriamente. É dizer: não há sentença penal condenatória transitada em julgado que embase a prisão de um em cada três presos. É muita gente, principalmente na comparação entre as porcentagens: para cada dois apenados, com sentença transitada em julgado, temos um que está preso fruto de cognição sumária, cautelarmente, num juízo de probabilidade exercido por um magistrado sem exame detalhado de provas e oferecendo possibilidade de contraditório ao acusado. Um em cada três, pelo menos em tese, pode ser inocente e estar preso injustamente.

Por óbvio, tal realidade não se coaduna com a presunção de inocência de um acusado, suspeito, investigado ou réu. Se tal presunção de inocência, tão fortemente defendida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, a ponto de mandar soltar condenados a dezenas de anos em primeira e segunda instância, que passaram pelo devido processo legal, produção de provas sob o crivo do contraditório, direito de ampla defesa, fosse considerada com a rigidez e inflexibilidade que, conforme aquele Tribunal, são próprias de um imperativo constitucional, não deveríamos ter, como temos, quase um terço dos encarcerados do país em prisão provisória, o que inclui os presos preventivamente.

Para mostrar com que facilidade se pode prender preventivamente alguém, considere-se o exemplo da audiência de custódia, recentemente incluída no ordenamento jurídico pátrio, pela Lei nº 12.403/2011²¹. O inciso II, do artigo 310, do Código de Processo Penal²², prevê a hipótese de conversão da prisão em flagrante em preventiva, por ocasião da audiência de

²⁰ DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: período de julho a dezembro de 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojYWY5NjFmZjZjOTJmNi00MmY3LTlhMTU0NWYwOTlmODFjYWQ5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

²¹ BRASIL. *Lei nº 12.403*, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.

²² BRASIL, op.cit., nota 2.

custódia, prevista, essa audiência, para acontecer em até 24 horas após uma prisão em flagrante delito.

Apesar da prevista presença de advogado ou membro da Defensoria Pública, bem como de membro do Ministério Público, que poderia dar um ar de contraditório e ampla defesa ao episódio, fato é que o magistrado está tendo contato com o preso pela primeira vez. Mesmo assim, prevê a citada lei que a prisão em flagrante pode ser convertida em prisão preventiva. É dizer: o diminuto prazo previsto para a prisão em flagrante pode se tornar gigantesco ou sem previsão de término por conta de cognição sumária em uma simples audiência.

Repise-se que, na audiência de custódia, o magistrado está tendo contato com o suspeito pela primeira vez. O principal objetivo dessa oitiva é verificar se a prisão não foi arbitrária ou ilegal, se não aconteceram excessos por parte dos policiais, se o devido exame de corpo de delito foi feito. Excepcionalmente, remarca-se, o suspeito pode ter sua prisão em flagrante convertida em provisória. Pelo menos é o que se espera, em teoria, de um instituto tão drástico. Mais uma vez, não é o que nos mostram as porcentagens verificadas na prática, conforme segue.

Em dados estatísticos colhidos no sítio eletrônico do CNJ – Conselho Nacional de Justiça²³, vemos que uma grande proporção das prisões em flagrante é convertida em prisão provisória já na audiência de custódia (449.568 em 752.229, equivalendo a, aproximadamente, 60% dos casos). Infere-se, daí, que grande parte dos presumidamente inocentes que são apresentados a um juiz na audiência de custódia vai de lá para o cárcere sem previsão de data de saída.

A situação é ainda mais grave se for considerada a superlotação das cadeias brasileiras, um estado de coisas inconstitucional. Isso, por si só, já deveria levar a uma utilização bem mais cuidadosa de um instituto que objetiva alijar da sociedade, sem exame mais detido de provas, um suspeito que, provavelmente, é culpado.

Uma outra análise, sob o prisma inverso, pode ser feita dos dados apresentados. Se o número de presos cautelarmente for tomado como razoável, isso indica que o número de presos cumprindo pena fruto de sentença penal condenatória transitada em julgado é pequeno, muito pequeno. Além disso, da superlotação se extrai a necessidade de mais investimentos em complexos penitenciários, o que é difícil para um país com necessidades tão agudas não atendidas em áreas como saúde, educação, infraestrutura e outras.

²³ CNJ. *Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional*. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=currsel>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

Em síntese: a teoria e a prática não estão em sintonia. Há um abismo entre a realidade forense / prisional e a teoria estudada no Direito Constitucional e defendida pelos Tribunais Superiores, máxime pelo Supremo Tribunal Federal. Para se compatibilizar as duas, uma delas tem que se adaptar: ou o entendimento dado ao preceito constitucional da presunção de inocência cede à realidade das ruas, dos juizados criminais e dos estabelecimentos prisionais, ou o instituto da prisão preventiva se amolda ao comando maior da Carta Magna e passa a ser empregado muito mais comedidamente.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou a existência de um conflito entre duas interpretações para normas atinentes à prisão. De um lado estão os desdobramentos da recente mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a presunção de inocência se prolonga até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, até que não seja mais cabível Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, nem Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. No lado oposto, temos a prisão preventiva, que pode ser decretada mediante cognição sumária do julgador, antes mesmo de um processo judicial, produção de provas, contraditório e ampla defesa.

O grande problema apontado reside na colisão entre as presunções a serem feitas para se adotar um dos posicionamentos. Levando a extremos a presunção de inocência, não se pode decretar a prisão preventiva de alguém, pois, como apontado, inocente não foge, inocente não destrói provas e inocente não oferece perigo à sociedade. Portanto, faltariam os pressupostos enumerados na lei para que se possa prender alguém preventivamente. Tomando como aceitável e até recomendável a prisão preventiva, cai por terra a presunção de inocência na extensão que lhe deu a interpretação do Supremo Tribunal Federal.

Lançando mão das melhores práticas hermenêuticas e as aplicando ao conflito de normas apontado, se adotarmos a interpretação teleológica, manda a doutrina que se lance mão do critério hierárquico: deve prevalecer a norma jurídica superior, no nosso caso, a que consta na Constituição da República. Por outro lado, se adotarmos a interpretação sistemática, seguindo a melhor doutrina, deve estar equivocada a interpretação que destoa, que rompe com o entendimento direcionador de todo o sistema de normas como um todo. Desse modo, a presunção extremada da inocência não se coaduna com todo o restante do ordenamento jurídico e com a prática das decisões judiciais, devendo ser mitigada.

A realidade forense e prisional em nosso país não deixa dúvidas: 60% das prisões em flagrante são convertidas em prisão provisória - quase todas, preventivas - já na audiência de custódia e um terço dos encarcerados do país está preso provisoriamente. Em suma, o instituto da prisão preventiva é largamente utilizado na prática, sem que se dê atenção ao que prevê a norma constitucional conforme interpretada pelo Supremo Tribunal Federal. De modo simples, é difícil imaginar que o ordenamento jurídico não disponha de meios para embasar o encarceramento dos criminosos e dos afrontadores da lei antes de um demorado e custoso processo criminal, com todas as possibilidades de recursos, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Conforme demonstrado no artigo, a teoria e a prática não estão em harmonia quando se trata do tema em análise. Há um abismo entre a realidade forense / prisional e a teoria estudada no Direito Constitucional. Um dos lados tem que ceder. Lançando mão da “redução ao absurdo”, em que se assume uma hipótese e se demonstra que essa assunção leva a um resultado absurdo, a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória leva à impossibilidade de se encarcerar alguém antes de tal momento. Conclui-se que tal presunção é equivocada, pelo menos na extensão dada à interpretação da norma constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, João Paulo Carneiro; GALVÃO, Mateus de Souza; SANTOS, Leilane Araujo dos. *O Método de Redução ao Absurdo no Livro I do Elementos de Euclides*. Disponível em: <<https://revistas/uece.br/index.php/BOCEHM/article/download/61/19/>>. Acesso em: 11 jun. 2021.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.
- _____. *Lei nº 12.403*, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 30 mai. 2021.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2021.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949163&>>

ext=.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949506&ext=.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2021.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2380p. LIMA, Renato B. de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2019.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *A “ordem pública” como fundamento da prisão cautelar: uma visão jurisprudencial*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Edições especiais Revista dos Tribunais – doutrinas essenciais – Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. VII, p. 929-936.

CNJ. *Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional*. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=currsel>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: junho de 2019*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjZjIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 20 out. 2020.

DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de julho a dezembro de 2019*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWY5NjFmZjctOTJmNi00MmY3LTlhMTU0ZjZjIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

INFOPEN 2019. *“Não há qualquer excesso de prisão preventiva no Brasil”, defende Moro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/nao-qualquer-excesso-prisao-preventiva-brasil-moro>> Acesso em: 20 out. 2020.

KHAN, Karen Louise Jeanete; MENDRONI, Marcelo Batlouni. *As medidas cautelares no processo penal brasileiro: reforma com a lei 12.403/2011*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Edições especiais Revista dos Tribunais – doutrinas essenciais – Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. VII, p. 1017-1046.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Edições especiais Revista dos Tribunais – doutrinas essenciais – Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. VII, p. 1125-1148.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Considerações sobre a prisão cautelar*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Edições especiais Revista dos Tribunais – doutrinas essenciais – Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. VII, p. 1047-1080.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *A constituição e a prisão penal cautelar*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Edições especiais Revista dos Tribunais – doutrinas essenciais – Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. VII, p. 937-961.

SANGUINÉ, Odone. *Efeitos perversos da prisão cautelar*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Edições especiais Revista dos Tribunais – doutrinas essenciais – Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. VII, p. 1081-1124.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4. ed. Salvador: Saraiva jur, 2019.