

PRISÃO PREVENTIVA COMO MEDIDA EXCEPCIONAL EM FACE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

SOUSA, Jennifer Karolynne Costa de ¹

SANTOS, Vanessa Érica da Silva ²

RESUMO: A presente pesquisa visa traçar um diagnóstico acerca da adoção da prisão preventiva no Brasil. De acordo com a Lei n. 12.403/11 a prisão preventiva é adotada em face de muitas situações, o que acaba por interferir na regra do sistema acusatório constitucional, haja vista que há nesse contexto uma sobreposição da perda da sua liberdade de locomoção em face do princípio basilar da presunção de inocência. Assim, o objetivo desse estudo é demonstrar a excepcionalidade da prisão preventiva e a alternativa desta que é a aplicação de medidas cautelares diversas. Isso será realizado por intermédio da comparação entre o dispositivo e a principiologia referente, cujo método de abordagem será o dedutivo, com o auxílio da revisão de literatura e do método quantitativo. Constatou-se, assim, que não está sendo devidamente respeitada a excepcionalidade da prisão preventiva e por consequência o princípio da inocência presumida, com isso, pouco se aplica as medidas adversas da privação de liberdade.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Direito Penal. Presunção de Inocência. Exceção.

ABSTRACT: The present research aims to make a diagnosis about the adoption of preventive detention in Brazil. According to Law no. Preventive detention is adopted in the face of many situations, which ends up interfering with the rule of the constitutional accusatory system, given that there is in this context an overlapping of the loss of freedom of movement in the face of the basic principle of the presumption of innocence . Thus, the purpose of this study is to demonstrate the exceptional nature of pre-trial detention and the alternative of this being the application of several precautionary measures. This will be done by means of a comparison between the device and the referring principology, whose method of approach will be deductive, with the aid of literature review and quantitative method. It was therefore found that the exceptional nature of pre-trial detention and, consequently, the principle of presumed innocence are not being duly respected, and therefore the adverse measures of deprivation of liberty are not applicable.

Words-key: Pre-trial Detention. Penal Law. Presumption of innocence. Excepcion.

¹ Graduanda do curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal de Campina Grande - UFCG. E-mail: jennifer_karolynne@hotmail.com

² Professora Substituta da Universidade Federal de Campina Grande-UFCG, Mestranda em Sistemas Agroindustriais pela UFCG, Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFCG, Especializada em Direito do Trabalho pela UNOPAR, Especializanda em Gestão Pública pelo IFPB e em Penal e Processo Penal pela UFCG. E-mail: vanessa.ERICA@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As Prisões no Ordenamento Jurídico. 2.1. O Fundamento da “Garantia da Ordem Pública”. 3. Meios Diversos de Garantir a Eficácia Processual. 4. Análise de dados do Sistema Penitenciário. 5. A Presunção de Inocência Negligenciada no Cenário Processual Penal. 6. Encarceramento em massa: uma questão cultural. 7. Inconstitucionalidade da Cautelar Prisional. 8. Considerações Finais. Referências.

1- INTRODUÇÃO

O presente estudo trata da modalidade cautelar de privação de liberdade em contraposição ao princípio da presunção de inocência, posto que é basilar do sistema penal brasileiro. A prisão preventiva deveria ser a *ultima ratio*, mas está, cada vez mais, tornando-se a regra. E, será mostrando, por conseguinte, que isso acaba por ferir o princípio supracitado, que precisa ser como regra, respeitado em face de prisões cautelares desnecessárias, que acabam por sobrecarregar o sistema penitenciário e cercear um princípio fundamental. É notória a relevância desse estudo quando se observa que, atualmente, cerca de 40% dos presidiários brasileiros estão em caráter provisório e que eles têm as suas vidas destruídas mesmo quando inocentes, antes de qualquer processo legal.³ Assim, depreende-se, que há um encarceramento em massa através das medidas cautelares contrastando com a inobservância do princípio constitucional de não-culpabilidade.

Apesar das várias espécies de medidas cautelares introduzidas com a Lei Nº 12.403/11, a prisão preventiva é aquela que ainda é usualmente adotada e que fere diretamente a regra inerente ao sistema acusatório constitucional, tendo em vista a perda da sua liberdade sem sentença transitada em julgado. Além de a legislação ser obscura em relação ao tempo máximo de duração e ser inexistente na prática o reexame periódico obrigatório, tal tem sido usada como instrumento de combate à criminalidade. Isso é perceptível por meio da observação crítica da atuação do Poder Judiciário no Brasil atualmente.

Dessa forma, o intuito desse trabalho é demonstrar a excepcionalidade da prisão preventiva sobre outras formas de garantir a eficácia do processo judicial. Isso será realizado mediante a comparação do dispositivo e a principiologia correspondente que se encontra previsto constitucionalmente e a análise da situação dos institutos cautelares no ordenamento jurídico em contraponto com a realidade fática de sua aplicação.

Utilizou-se o método qualitativo e a revisão de literatura, e de forma auxiliar o método dedutivo. Assim, no trabalho são expostos dados que explicitam a inobservância do princípio de presunção de inocência, juntamente com a falta de fixação temporal máxima para a modalidade cautelar em discussão.

Inicialmente, foi abordada a matéria na Constituição e nos Códigos Penal e Processual Penal, esmiuçando as previsões legais da prisão preventiva e o assecuramento do princípio da presunção da inocência. Nesse ponto foi elencado os fundamentos para a decretação daquela e em seguida, decorre-se brevemente sobre o fundamento da “garantia da ordem pública”.

Assim, ressalta-se durante o tópico seguinte sobre as medidas cautelares diversas da segregação, focando na excepcionalidade desta, e nas possibilidades de decretação daquelas. Além de mostrar, comprovando estatisticamente, a imposição reiterada da prisão preventiva.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Reunião Especial de Jurisdição**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acessado em: 01/03/2018

Dando sequência ao estudo, fala-se então, especificamente, sobre o princípio temático aqui referido, relacionando-o a negligência que lhe é cometida no atual cenário judicial brasileiro, sua desvalorização e não observância. Por fim, se demonstrará como o país tem aderido a um sistema de encarceramento em massa, objetivando por fim traçar as consequências sociais e judiciais acerca da criminalidade no Brasil.

2- AS PRISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Está positivado na Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu Art. 5º, inciso LXI que: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Logo, observa-se a preocupação do legislador originário em resguardar o direito fundamental do indivíduo não ser considerado culpado sem ter recorrido em todos os recursos possíveis.

Já a prisão preventiva é decretada pelo Poder Judiciário em qualquer fase da persecução penal desde que não tenha trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa forma, diz o art. 311 do Código Processual Penal: “caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. Ou seja, ela é compatível com a fase pré-processual e a fase processual, cujo seu escopo é o de garantir a eficácia do processo judicial, sendo sua decretação possível apenas quando há motivos, legalmente previstos, que possam dificultá-lo.

Dentre os requisitos para sua implantação estão elencados os pressupostos e os fundamentos que a justificam no art. 312 do CPP. Respectivamente, são eles: os indícios de autoria e a prova de materialidade – na qual a observância mútua é crucial para a decretação da referida medida; já a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução penal, a garantia da aplicação da lei penal, a garantia da ordem econômica e o descumprimento de medida cautelar antes imposta, configuram os fundamentos.

Por sua vez, as condições de admissibilidade, que também fazem parte dos requisitos, tem previsão no art. 313 do referido diploma. Assim, é preciso que o crime seja doloso com pena máxima superior a 04 anos; que o réu seja reincidente em crime doloso; a garantia das medidas protetivas de urgência, se o crime for contra a mulher, idoso, enfermo, menor ou deficiente; se houver dúvida quanto à identificação civil do acusado e este recusar-se a esclarecê-la.

Para a decretação da prisão preventiva, contudo, tem que existir ambos os pressupostos no caso concreto, bem como de um dos fundamentos e também de uma das condições de admissibilidade. Sendo que, a ausência de um dos pressupostos impossibilita sua legitimidade; bem como a presença de todos ausentando-se todos os fundamentos ou todas as condições de admissibilidade.

Todavia, nas situações de excludente de ilicitude nos termos do Art. 23, *caput* e incisos, do Código Penal – tais como estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito –, a segregação cautelar em nenhum caso poderá ser pronunciada, se o agente assim tiver praticado o fato, algo verificado pelo juiz por meio das provas constantes dos autos (Art. 314 do CPP). Da mesma forma,

quando se apresentar causas de exclusão de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição, etc).⁴

2.1. O fundamento da “Garantia da Ordem Pública”

A decisão sempre terá que ser motivada, seja para decretar, substituir ou na denegar a segregação provisória (Art. 315 do CPP). Nos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, que são públicos e fundamentadas suas deliberações, os atos contrários a essas disposições serão nulos de pleno direito (Art. 93, IX, da CF).

Tendo isso em vista, não pode a prisão preventiva ser submetida a um regime de aplicação automática. Pois como medida cautelar restritiva da liberdade tal deve ser a exceção (CPP, art. 282, §6º), apenas para assegurar a persecução da lei penal, quando houver prova de crime e indício suficiente de autoria (Art. 312 do CPP). Além disso, precisa ser devidamente fundamentada nos termos previstos legalmente.

Entretanto, a crítica que é feita usualmente pela doutrina trata de um desses fundamentos, a garantia da ordem pública. Alega-se assim que é uma expressão vaga e de sentido difuso, dificultando uma interpretação profunda do que viria a ser, de modo estrito, a sua semântica. Conforme Fernando Capez (2014), a prisão cautelar como garantia de estabelecer tal ordem quando necessária a impedir a delinquência do indivíduo enquanto solto, enfatizando que só é cabível a medida quando não se pode aguardar o final do processo sem o receio de que este volte a delinquir. Logo, é preciso verificar-se um *periculum libertatis* pelo comprometimento da ordem social, que para ele caracteriza-se por um clamor popular.

A jurisprudência, nesse sentido, afirmou que a repercussão de um crime ou o clamor da sociedade não constituem justificativas, legalmente previstas, para a prisão preventiva.⁵ O magistrado, obrigatoriamente, tem que fundamentar sua decisão, não se valendo apenas do que foi posto pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, principalmente no caso da utilização do argumento de prejuízo a ordem pública como fator determinante. Para exemplificação, expõe-se a seguinte decisão:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE RECOMENDA A MEDIDA CONSTRITIVA. 1. A prisão preventiva do Paciente está satisfatoriamente motivada com a indicação de elementos concretos no tocante à necessidade de garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do acusado e da gravidade de sua conduta, evidenciadas pelo modus operandi do delito (homicídio qualificado) e do temor das testemunhas, que, inclusive, solicitaram a proteção do Provimento 32/00 da Corregedoria Geral da Justiça. 2. Ordem denegada.⁶

⁴ Art. 26 do Código Penal

⁵ STF, RT, 549/417

⁶ (STJ - HC: 118578 SP 2008/0228370-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 03/03/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: 20090330 --> DJe 30/03/2009)

Em síntese, não pode negar que aqui a fundamentação não se resume apenas a reproduzir os pedidos feitos por outrem ou a mera citação da garantia da ordem pública. Pois isso seria perigoso, não somente para o cidadão que está sendo privado de sua liberdade e tendo sua imagem manchada perante a sociedade, como também para todos os cidadãos que podem da mesma forma que este suspeito, ser acusado arbitrariamente.

Ademais, a Constituição exige expressamente a fundamentação da decisão que decreta a prisão, seja ela provisória, salvo a prisão em flagrante delito, ou definitiva, com o processo transitado em julgado (CF, Art. 5º, LXI). Para a prisão cautelar, em específico, precisa apresentar os seguintes requisitos: o *Fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, respectivamente sendo a possibilidade da culpa pelo delito e o perigo revelado pela situação de liberdade em que se encontra o indivíduo.

Fumus commissi delicti nada mais é que a exigência de que o fato investigado seja criminoso, bem como a existência de indícios de autoria e prova da materialidade da infração em apuração. [...] Já o *periculum libertatis* diz respeito à necessidade de segregação do acusado, antes mesmo da condenação, por se tratar de pessoa perigosa ou que está prestes a fugir para outro país, etc. (REIS; GONÇALVES, 2014, p.386)⁷

Há uma divergência na doutrina no que tange a importância para o processo penal do *fumus Boni Iuris* e o *Periculum in Mora* como requisitos para as cautelares, que são a priori da teoria processual civil. Alguns autores, como por exemplo, Capez (2014), os incluem na sua didática. Outros, porém, como é o caso de Lopes Junior (2012) filiam-se a corrente doutrinária que abomina a utilização da “fumaça do bom direito” e “perigo na demora” com teor condicional nesses institutos próprios da seara criminal.

Para tal corrente, logo, é um equívoco, que está constituído na impropriedade jurídica e semântica, aquilo que a outra propõe. O *fumus boni iuris* é o oposto do delito, que é a negação do direito. Por outro lado, o fator determinante não é o temporal, mas o perigo ocasionado pela situação de liberdade do imputado. (Lopes Junior, 2012)

3. MEIOS DIVERSOS DE GARANTIR A EFICÁCIA PROCESSUAL

A Prisão Preventiva tem seu caráter de exceção positivado no Código de Processo Penal (CPP), Art. 282, §6º, que consta o seguinte: “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Entretanto, não é o que amiúde ocorre nos tribunais, devido a abrangência

Com a introdução de medidas cautelares diversas da prisão pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, no CPP têm-se a ampliação da busca pela real consolidação dos direitos fundamentais constitucionalmente dispostos, no que tange ao *status libertatis* do indivíduo.

⁷ Alexandre Cebrian Araújo Reis; Victor Eduardo Rios Gonçalves – Direito Processual Penal.

Este é imprescindível de ser observado, devido a caráter de segurança jurídica do Direito Positivo, que a todos deve alcançar sem distinção.

Essa diligência foi consagrada em um rol taxativo de dez medidas cautelares pessoais presentes nos art. 319 e 320, *in verbis*, na redação:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I- Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II- Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indicado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III- Proibição de manter contato com a pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indicado ou acusado dela permanecer distante;
- IV- Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V- Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI- Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII- Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII- fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial
- IX- monitoração eletrônica.

Já o art. 320 prevê a proibição de ausentar-se do país decretada pelo juiz, sendo que este ainda pode condicionar sua saída à prévia autorização judicial, faz referência assim ao inciso IV do art. anterior. Há uma ressalva, porém, em que a lei veda a incidência das sobreditas medidas à infração que não for cominada de pena privativa de liberdade, como consta o art. 283, §1º do CPP:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

Para tal rol ter eficácia na sua aplicação é importante observar alguns fatores específicos de cada um e gerais de qualquer cautelar. Pois eles podem consistir em uma formalidade direta (art. 319, I, CPP), não cabendo nesse caso nenhum meio para uma

fiscalização extra, já que o juiz o entrevista pessoalmente, mas, nos demais, geralmente para garantir que seja eficaz recomenda-se que as aplique cumulativamente com a monitoração eletrônica. Também o cumprimento pode ser supervisionado diretamente ou com o concurso de órgãos ou instituições públicas.

É importante frisar que, nos casos de excludente de ilicitude, a prisão preventiva não pode ser decretada, não olvidando do disposto no art. 314 do CPP, porém, não há prejuízo algum para a imposição das demais medidas provisórias diversas da prisão.

Entretanto, a prisão preventiva somente pode ser decretada quando inadequadas ou insuficientes às medidas cautelares adversas da prisão sejam elas aplicadas de forma isolada ou cumulativa, *in verbis*:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

No corpo do artigo retromencionado é possível constatar a excepcionalidade da medida, quando claramente apregoa que só deve ser convertida quando as outras medidas cautelares forem inadequadas, e ainda sim, é necessário a observância dos requisitos mencionados.

Neste ponto cabe salientar que os requisitos previstos no art. 312 devem ser fundamentados processualmente, não apenas de forma genérica, pois se trata de restrição de direitos fundamentais, no entanto, na prática, tem-se observado fundamentações genéricas na fundamentação de tais medidas, de modo a tornar arbitrário o uso da referida medida.

4. ANÁLISE DE DADOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Apesar dessas modalidades adversas da privação de liberdade provisória, se denota uma cultura judiciária que leva a priorizar a aplicação desta medida mais gravosa, o acaba por consequência causar vários prejuízos à segurança jurídica dos cidadãos que vivem em nosso regime democrático de direito, a partir da posição de tornar o Estado Acusatório de forma extrema, restringindo a presunção da inocência de forma grave, dado a demora judicial até a sentença ser proclamada.

Em um estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em janeiro de 2017 é relatado a quantidade de presos em regime provisório no Brasil em comparação com o número total de prisões. No qual, dentre o total de 654.372 presos, há 221.054 em caráter provisório, o que corresponde a 34% desse total (CNJ, 2017).

A prisão preventiva é uma espécie da prisão provisória, que abrange também a prisão em flagrante e a prisão temporária. Porém, é aquela que se encontra o maior índice carcerário no que se refere ao seu gênero, advindo principalmente da audiência de custódia.

Dado que ela é o instrumento processual que determina que todo preso em flagrante, no prazo de 24 horas, deve ser levado à presença da autoridade judicial, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão. Sendo que sua previsão legal no Brasil decorre pelo Decreto 678/92, que promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), ficando conhecida como “Pacto de San Jose da Costa Rica”.

Ainda segundo os dados do CNJ, em 18 Estados do país, a audiência de custódia resulta mais em prisão preventiva que liberdade provisória e isso representa dois terços dos 26 estados mais o Distrito Federal, demonstrando a utilização da medida cautelar referida em larga escala (CNJ,2017).

Sendo assim, o instituto tido como medida derradeira na persecução penal vem, cada vez mais, se tornando banalizado e usado pelos magistrados como um combate a criminalidade. Como brilhantemente expõe Lopes Júnior (2012, p.792):

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Ademais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois se prende para se investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Com isso, compreende-se que o judiciário tem agido como um órgão, que, sem o poder típico de legislar, tenta controlar uma situação de insegurança, exposto pela mídia, se posicionando assim politicamente, apesar de sua natureza ser contrária a isso.

O dever de comparecimento periódico em juízo (Art. 319, I, do CPP) tem previsão igualmente nos sistemas português (art. 198) e italiano (art. 282), porém nesses o legislador optou por aproveitar a estrutura policial, garantindo assim a maior eficácia no controle, algo não contemplado no sistema brasileiro.

A periodicidade dessa cautelar ficou indeterminada, cabendo ao magistrado conveniar se o comparecimento deve ser diário, em casos que se comprove a necessidade devido à extrema gravidade, semanal ou mensal. Tal deve estar em conformidade com os horários de trabalho e pautar-se em não causar a estigmatização social do imputado.

Precisando ser usada com prudência, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (Art. 319, II) não pode aproximar-se de “uma pena de banimento”. (Lopes, Junior. 2012). Uma provável situação que justificaria o uso dessa medida seria quando se fizesse parte o lugar do crime com o *Modus operandi* do investigado. Ao chegar perto da problemática da prisão preventiva decretada para a garantia da ordem pública, pode questionar sua constitucionalidade. Ademais, uma forma de assegurar a sua eficácia é com a aplicação comutativa com a monitoração eletrônica.

Em regra, o inciso II do art. 319 faz referência à vítima, todavia também pode abranger a testemunha e até mesmo um coautor do crime, desde que seja alguém em específico e somente. Portanto, a efetividade desta é mais concreta, já que o protegido se encarrega de denunciar um possível descumprimento.

A proibição de ausentar-se da comarca (art. 319, IV) serve notoriamente para a tutela da prova juntamente com a eficácia da lei penal, no que tange ao risco de fuga. A crítica aqui consiste no fato que o legislador em incluir a “conveniência”, dando ampla margem de atuação para a discricionariedade judicial. Apesar disso, sua importância é crucial para a consecução do processo penal. (LOPES JR, 2012)

No mesmo sentido, trata o art. 320, só que nessa redação legal a previsão é para todo o território nacional, cabendo ao magistrado comunicar às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o imputado a entregar o passaporte no prazo de 24 horas.

No que tange ao recolhimento noturno domiciliar (art. 319, V), pode considerar como sendo uma medida cautelar de liberdade parcial, com o fim de diminuir o risco de fuga, para a tutela de prova e, como expõe Lopes Júnior (2012, p. 860): “Até mesmo escopos metacautelares (e, por isso, censuráveis), como prevenção especial e geral”.

Em seguida, o artigo em análise, estabelece a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira em seu inciso VI. Apesar de danosa por não possuir um prazo máximo de adoção, ela é extremamente benéfica para o prosseguimento penal, já que há um controle das ações do imputado de forma eficiente.

O acusado ainda pode ser internado provisoriamente nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça e quando se tratar de um inimputável ou semi-imputável, além dos casos em que há a possibilidade de voltar a delinquir (art. 319, VII). O problema evidente dar-se pela estigmatização da pessoa que passará por esse procedimento cautelar. (LOPES JR, 2012)

5. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NEGLIGENCIADA NO CENÁRIO PROCESSUAL PENAL

Da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, da qual o Brasil é signatário, o princípio da não-culpabilidade foi trazido em seu artigo 8º, parágrafo 2º nos seguintes termos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. E assim, posteriormente teve sua inserção nos direitos fundamentais da Carta Magna.⁸

Consoante ao princípio constitucional do estado de inocência (CF, art. 5º, LXII), ninguém poderá ser privado de seu *status libertatis* sem o devido processo legal e muito menos considerado culpado sem o transitio em julgado da sentença penal condenatória. Sendo

⁸ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível na homepage da Comissão Internacional de Direitos Humanos – CIDH

assim, a prisão provisória, com exceção da prisão em flagrante (CF, art. 5º, LXI), confronta essa presunção diretamente.

Ademais, a prisão que possua caráter cautelar sempre terá de ser fundamentada, sob o risco de se violar o princípio da presunção de inocência (cf., como exemplo, no site do STJ, o HC 134.247 — j. 13.08.2009). Contudo, mesmo com tal fundamentação, a doutrina garantista, como a de Luigi Ferrajoli apud Souza (2013, p. 16) diz que: “toda prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória mostrar-se-ia ilegítima e inadmissível, porquanto iria de encontro ao princípio da presunção de inocência/não culpabilidade”.

Como bem salienta Souza (2013, p.21) em artigo publicado:

[...]Não é novidade que, atualmente, muitos ordenamentos jurídicos (como o caso do brasileiro) vivem um processo de hipercriminalização de condutas. O Estado, na tentativa de dar uma resposta imediata aos anseios da população, que vive aflita diante de alarmantes índices de criminalidade nas grandes cidades, promove a criação contínua de leis e tipos penais. Tal processo levou a ser cunhada a expressão “direito penal de emergência”.

Isso não é novidade para nenhum cidadão brasileiro, já que a população está inserida em um mar de informação por ocasião das tecnologias atuais; e na mídia, cotidianamente, veem-se projetos de lei elaborados, em tramitação e aprovados. Estes, na sua grande maioria, são a consequência de um estado de calamidade na segurança pública.

Esta diretriz conduz a ideologia no qual a prisão necessariamente deve ser implementada, entretanto ela é a alternativa derradeira em meio às outras medidas cautelares, como explica perfeitamente Lopes Júnior (2012, p. 792):

A excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência constituindo princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam.

Nesse ponto, necessário ressaltar outro princípio que tem relação com as medidas cautelares – em especial, com a segregação preventiva, não devendo assumir feição de pena antecipada –, que não podem ser negligenciados para sua devida aplicação em conformidade com os Direitos Humanos, como tal autor retrata, é o princípio da excepcionalidade, que é tratado, em geral, pela doutrina isoladamente. (LOPES JÚNIOR, 2012)

Um equilíbrio, portanto, imprescindível de ser alcançado para a aplicação de qualquer prevenção na sistemática penal do processo, por intermédio da medida de gravidade do delito cometido, assim entre este e a sua medida cautelar existirá uma sintonia, uma proporcionalidade, porém, jamais uma discrepância.

Com isso, a presunção de inocência figura-se um princípio de suma importância, advindo do protecionismo estatal garantido pela Magna Carta, em que há a seguinte ressalva pelo jurista supracitado:

É um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é de que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. (LOPES JÚNIOR, 2012, p.777)

Ressalte-se que Beccaria, já no século XVIII expõe a gravidade das prisões acautelatórias, ao falar que o Judiciário traduz uma ideia de força e poder e não de justiça, como deveria ser de fato: “É porque se atiram indistintamente à mesma masmorra os acusados e os convictos; porque a prisão é mais um lugar de suplício que de custódia do réu [...]”. (BECCARIA, 1999, p. 104)

Indubitavelmente, observa-se a divergência entre os objetivos que as leis buscam atingir e aqueles realmente atingidos. No contexto brasileiro atual é possível afirmar que se trata de um problema cultural, no qual a presunção de inocência tem sido o último ponto a ser analisando antes de ser decretada uma ordem de prisão.

O ilustre Beccaria, também preleciona o seguinte: “um homem não pode ser chamado *culpado* antes da sentença do juiz, e a sociedade só pode retirar-lhe a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi concedida”. (BECCARIA, 1999, p. 69)

Nesse aspecto, o réu deve ser tratado como inocente tanto na esfera interna do processo— sendo um dever de tratamento imposto ao juiz, logo o acusado não tem obrigação legal de provar nada e em caso de dúvida, deve o mesmo ser absolvido – e, externamente, é preciso que haja uma proteção aos direitos do réu contra os conteúdos midiáticos e o estigma que esta produz (LOPES JÚNIOR, 2012) A eficácia da presunção de inocência, assim, deve presidir todas as dimensões da vida social e da condição judicial da pessoa suspeita.

Está estabelecido na redação do art. 156 do CPP: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Em virtude disso, tem-se que o encargo de provar é regido pelo princípio *actori incumbit probatio ou onus probandi incumbit ei qui asserite*, ou melhor, aquele que sustenta uma tese, precisa necessariamente prova-la.

Já para Francesco Carrara constituía pilar fundamental do processo penal a presunção de inocência. Ele considerava que todas as garantias processuais derivavam deste princípio, cada uma das regras que disciplinam o processo penal, para ele, encontra seu fundamento na presunção de inocência. Assim, qualquer que fosse a infração a estas regras, tal seria um ataque, por fim, a presunção de inocência. (CARRARA, 1870)

6. ENCARCERAMENTO EM MASSA: UMA QUESTÃO CULTURAL

Por fim, necessário abordar as consequências perniciosas do abusivo uso reiterado da referida medida (dita cautelar), especialmente quando seus sujeitos passivos são, geralmente, indivíduos provenientes de tecidos sociais menos abastados, alvos principais do chamado direito penal do inimigo. (SOUZA, 2013)

Tendo isso em vista, a Socióloga Julita Lemgruber, diretora do sistema penitenciário do Rio de Janeiro de 1991 a 1994, afirma que “O sistema penitenciário no Brasil funciona como um grande funil”.⁹ Deste modo, depreende-se que há um encarceramento em massa contrastando com a saída diminuta das selas penitenciárias, e isso advém de várias causas, dentre elas a priorização da prisão em detrimento do cidadão que detém poucos recursos financeiros para custear um bom advogado.

Decerto que a ineficácia da presunção de inocência e a utilização banalizada das medidas acautelatórias no sistema penal brasileiro incorporaram-se na cultura do país. Com o propósito de expor isso a doutrina traz a seguinte reflexão:

A rigor, cortejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da “cruel necessidade”. Assim, quando ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade. Mas, infelizmente, a prisão cautelar é um instituto que sofreu uma grave degeneração, que dificilmente será remedida por uma simples mudança legislativa como a presente. O maior problema é cultural, é a banalização de uma medida que era para ser excepcional. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 784)

A lição é preciosa, sendo desnecessário qualquer comentário. A manutenção da custódia cautelar por tempo indeterminado é muito onerosa para o investigado ou acusado. O Art. 316, em seus termos, diz que o juiz poderá revogar a prisão preventiva ao verificar a ausência de motivo para que subsista, entretanto, o vocábulo correto que o legislador aqui disporia seria “deverá”, já que o desaparecimento de qualquer um dos requisitos e/ou fundamentos faz com que a permanência do cárcere seja ilegítima. O juiz também pode decretar novamente a prisão preventiva, desde que surjam razões que a justifiquem, advindo do *periculum libertatis*.

Além disso, a indeterminação no que tange ao fator temporal é um dos maiores problemas no sistema cautelar brasileiro. A exceção é somente a prisão temporária, com duração prevista nas Leis n. 7.960/89 e n. 8.072. A prisão preventiva permanece sem determinação de forma absoluta, podendo durar enquanto o magistrado ou o tribunal entender existir as razões que a motivaram.

O PL 4.208/01, que estava no decorrer de sua tramitação, pretendia fixar um limite máximo de tempo para a duração da segregação cautelar, sendo esta de 180 dias em cada grau de jurisdição, com ressalva quando a causa da demora tivesse sido dada pelo sujeito passivo. Apesar disso, a Lei n. 12.403/11 ao entrar em vigência vetou esse dispositivo.

⁹ Vídeo produzido pela Produtora Globo News em 2017: “O sistema penitenciário no Brasil funciona como um grande funil”, diz socióloga”.

Houve outra tentativa de legislar sobre a matéria, mas dessa vez proveniente da jurisprudência, que buscou, sem sucesso, estipular os limites globais a partir da soma dos prazos que constituem o procedimento aplicável, resultando assim em 81 dias. Logo, se o procedimento não fosse concluído dentro desse período haveria “excesso de prazo”, sendo remediável por via do *habeas corpus* (art. 648, II, CPP).

Atualmente, as doutrinas utilizam a soma do prazo procedimental que as Leis n. 11.719/08 e n. 11.689/08 estabeleceram juntas que é de 120 dias como indicativo de tempo excedente na duração da prisão preventiva. Mas, como Lopes Junior (2012, p.788) expõe: “são prazos sem sansão, logo, com um grande risco de ineficácia”, conseqüentemente, não há nada de concreto que rija esse instituto. Pode-se assim dizer que a Súmula n. 21 do STJ se encontra superada, em que seu verbete diz: “pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”. (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 788)

Com a não inclusão do §7º do art. 282, que previa a reexame periódico da prisão preventiva a cada 60 dias, ou em prazo menor, dependendo da situação, para uma avaliação que diria a persistência ou não dos motivos que a ensejaram. Devido a isso, o Direito Processual Penal perdeu uma chance de conseguir encaminhar-se rumo a uma eficácia dentro do princípio de razoabilidade do processo.

O Brasil é o terceiro país que apresenta o maior índice carcerário, segundo os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias divulgado em 23/01/2018, ficando apenas atrás de Estados Unidos e China. (DEPEN, 2018) Além disso, a banalização da prisão preventiva tem ocasionado uma grande injustiça no Direito Penal como um todo. Mas, como já foi aqui exposto, trata-se de uma questão cultural e a ineficácia da principiologia.

7. INCONSTITUCIONALIDADE DA CAUTELAR PRISIONAL

A privação de liberdade sem o trânsito em julgado já corresponderia a uma ofensa ao artigo 5º da Constituição Federal, entretanto, no que tange ao sistema cautelar a justificativa é feita pela o terrível critério de necessidade e de segurança da instrução judicial.

Pode-se afirmar, entretanto, que a verdadeira inconstitucionalidade da prisão preventiva, e base fundamental da maioria das decisões, residem em dois dos fundamentos passíveis para a sua decretação: a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica.

Respectivamente, a ordem pública, já tratada aqui, por possuir um conceito impreciso ficará a critério do juiz, alegar quando se trata de um perigo a ordem pública. Vislumbra-se um terreno fértil para abusos e exageros com detrimento até ao próprio processo judicial constitucionalmente previsto, em que obrigatoriamente a fundamentação teria que ser completa e provada pela existência do *periculum libertatis*.

Logo, o “clamor público” repetidamente usado para a concessão, se confunde com a opinião pública, através de uma exploração midiática em que, majoritariamente, a opinião é deturpada, com o proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, de modo a manipular aqueles que acessam a aderirem à ideia que se busca transmitir. Assim, constrói-se midiaticamente o requisito da prisão cautelar, sendo que a

situação fatídica nunca houve, mas sim, um argumento forjado. Dispõe Lopes Júnior (2012. P.842):

É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.

Quanto à prisão para garantir a ordem econômica, esta também é criticável. Pois se tem o intuito de perseguir a especulação financeira, as transações fraudulentas e coisas do gênero é um absurdo, pois mistura matéria penal com questões inerentes ao direito administrativo e civil. Há uma confusão explícita aqui com as medidas cautelares reais – referentes ao patrimônio – e, as pessoais – que recaem sobre as liberdades individuais. Ademais, a Lei n. 7.492, em seu art. 30, prevê que apenas pode ser decretada a prisão preventiva em “razão da magnitude da lesão causada”.

Ademais, em um Estado Democrático de Direito, a questão da constitucionalidade das prisões cautelares tem que ser analisada juntamente com o princípio da não-culpabilidade/presunção de inocência, já que tal é vetor desse Estado. Nesse sentido, consta-se a análise realizada por Casara e Melchior (2013):

O afastamento do tratamento isonômico entre o réu e outro indivíduo só se justifica diante do reconhecimento estatal devidamente fundamentado. Assim, por exemplo, tanto o uso de algemas quanto a decretação da prisão cautelar são medidas de exceção que só podem ser adotada em situações excepcionais.¹⁰

Logo, evidencia-se a partir de todo o exposto que a licitude das medidas cautelares em análise deve ser analisada sob a sua constitucionalidade aplicada ao caso concreto, atuando o Juiz em controle difuso constantemente ao aplicar as referidas medidas.

8- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as reflexões apontadas nessa pesquisa, pôde-se diagnosticar a aplicabilidade das medidas cautelares no Brasil de forma desrazoada, em especial, analisou-se a prisão preventiva, que por não ter tempo determinado, acaba por cercear o princípio da presunção de inocência e acaba por trazer prejuízos de cunho pessoal ao indivíduo e de cunho monetário para o Estado.

¹⁰ CASARA, Rubens R. R. e MELCHIOR, Antônio Pedro, Teoria do Processo Penal Brasileiro, vol1, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2013, p.511 apud LEITÃO, 2016, p. 13.

Dessa forma constou-se que a decretação da prisão preventiva apresenta a ilusória aparência de que a justiça social efetiva pela rapidez, no entanto, sua decretação pode acabar sendo um instrumento de ilegalidade, pois só deveria ser utilizada como última *ratio*, posto que restringe a liberdade de locomoção que é uma garantia fundamental do ser humano. Assim, ao longo da leitura, vislumbrou-se que a prisão cautelar vem sendo utilizada de forma excessiva, o que acaba por trazer inconstitucionalidade do ponto de vista material da norma, ao ferir a presunção de inocência sem estarem presentes os requisitos autorizadores da legislação.

Pode-se observar, também, a persistência da decretação de prisões preventivas em detrimento das demais medidas provisórias, previstas no rol do art. 319 do CPP, ocasiona uma superpopulação carcerária, que acaba por dificultar o processo de ressocialização e aumentar os gastos públicos, trazendo um prejuízo imensurável a cada indivíduo que tenha sua liberdade cerceada ao menos por um minuto.

A excepcionalidade da prisão preventiva não está sendo respeitada, seja por influência midiática e movimentos sociais aguçados, bem como por uma legislação que possui vários termos abertos à interpretação ampla, e até mesmo pelo ativismo judicial que amiúde tem ocorrido nos tribunais em todo o país. Por fim, a inconstitucionalidade da segregação (dita) cautelar é baseada, frequentemente, em fundamentos, que não são compatíveis com as normas constitucionais, de modo que é preciso repensar a forma de utilização dessas prisões para não ferir os direitos fundamentais.

Pode-se constatar também que a influência midiática na busca de uma justiça rápida, acaba por fomentar condutas ilegais, como a decretações de prisões preventivas sem os exatos requisitos. Assim, a pesquisa atingiu o objetivo de diagnóstico e reflexão acerca da abordagem da prisão preventiva no Brasil como medida excepcional, ao passo que sugere a novos pesquisadores para aprofundamento do tema o estudo acerca de delimitação de espaço por comarca e a análise de quantos réus presos preventivamente foram postos em liberdade por serem absolvidos posteriormente, de modo a evidenciar a desnecessidade da medida, haja vista que ao final o réu fora considerado inocente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Lei nº 7960** de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 03/03/2018.

_____. **Lei nº 8072** de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 03 de mar. 2018.

_____. **Lei Nº 11.689** de 09 de Junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm>. Acesso em: 28 de fev. 2018.

_____. **Lei nº 11.719** de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 28 de fev. 2018.

_____. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. **Projeto de Lei nº 4.208, de 12 de março de 2001**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 118.578, T5 - Quinta Turma. Relator: Ministra Laurita Vaz. **Habeas Corpus. Processual Penal. Crime de Homicídio Qualificado. Prisão Cautelar. Fundamentação Idônea Que Recomenda A Medida Constritiva**. Brasília, 30 mar. 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3985181/habeas-corpus-hc-118578-sp-2008-0228370-4/inteiro-teor-12216655>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. Revisão de: Roberto Leal Ferreira.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARRARA, Francesco. **Opuscoli di diritto criminale**. Milão, Itália: Lucca Tipografia Giust, 1870.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Reunião Especial de Jurisdição**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acessado em: 01/03/2018

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional -. **SisDepen: Informações penitenciárias consolidarão base de dados nacional**. 2018. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/sisdepen-informacoes-penitenciarias-consolidarao-base-de-dados-nacional>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

LEITÃO, João Pedro Drummond Marques. **Análise Crítica sobre a Prisão Preventiva no Direito Brasileiro**. 2015. 50 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Coordenação de: Pedro Lenza.

SOCIÓLOGA **Julita Lemgruber comenta a Crise no Sistema Penitenciário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Globo News, 2017. Son., color. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/videos/t/todos-os-videos/v/sociologa-julita-lemgruber-comenta-a-crise-no-sistema-penitenciario-brasileiro/5579070/>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

SOUZA, Renato Perrota de. **A Inconstitucionalidade da Prisão Preventiva Decretada como Garantia da Ordem Pública**. 2013. 27 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.