

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO –UFPE

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – FDR

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ



Rodrigo de Araújo Fernandes

**A DETURPAÇÃO DO CARÁTER EXCEPCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

A inconstitucionalidade da prisão preventiva usada como cumprimento antecipado da
pena e seu reflexo na superlotação carcerária

Recife

2020

Rodrigo de Araújo Fernandes

**A DETURPAÇÃO DO CARÁTER EXCEPCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

A inconstitucionalidade da prisão preventiva usada como cumprimento antecipado da pena e o reflexo na superlotação carcerária

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador (a): Sérgio Torres Teixeira

Recife

2020

Rodrigo de Araújo Fernandes

**A DETURPAÇÃO DO CARÁTER EXCEPCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

A inconstitucionalidade da prisão preventiva usada como cumprimento antecipado da
pena e o reflexo na superlotação carcerária

Monografia apresentada como Trabalho de
Conclusão do Curso de Direito da
Universidade Federal de Pernambuco como
requisito para obtenção do título de bacharel
em Direito.

Recife, 23 de outubro, de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr.
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr.
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr.
Universidade Federal de Pernambuco –
UFPE

RESUMO

O sistema de justiça criminal do Brasil inverte o caráter excepcional da prisão preventiva, fazendo uso abusivo desse tipo de medida cautelar. Em que pese a excepcionalidade da custódia preventiva e a priorização, pelo Código de Processo Penal, das medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP), a prisão preventiva, na prática, é a regra. Inverte-se toda a lógica do sistema processual penal, agravando seriamente o problema da superlotação carcerária. Ademais, boa parte das decisões que decretam a prisão preventiva limitam-se a fundamentá-la de forma abstrata na garantia da ordem pública, de modo que a prisão cautelar ganha contornos de antecipação da pena. O uso indevido da prisão cautelar traz algumas consequências nefastas para o sistema carcerário, destacando-se a superlotação como a mais grave delas. O STF, no julgamento da ADPF nº 347, reconheceu que o sistema penitenciário nacional deve ser caracterizado como um estado de coisas inconstitucional, tendo em vista as condições desumanas do cárcere e a violação massiva de direitos fundamentais. O presente trabalho almeja evidenciar a incompatibilidade entre a forma como a prisão preventiva é aplicada no sistema cautelar brasileiro e a teleologia da norma jurídica que criou o instituto. Para isso, analisar-se-á a narrada prática sob a luz da Jurisprudência e Doutrina pátrias, tecendo uma postura crítica e atentando à conformidade constitucional do sistema em análise.

Palavras chave: Prisão Preventiva. Processo Penal. Deturpação da excepcionalidade. Superlotação carcerária.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. SISTEMA CAUTELAR PROCESSUAL PENAL	9
1.1 Natureza jurídica da prisão e das medidas cautelares	9
1.2 Requisitos, hipóteses de cabimento da prisão preventiva e as medidas cautelares alternativas à prisão	12
2. INCONSTITUCIONALIDADES NOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA	21
2.1 As situações que constituem o <i>Periculum Libertatis</i> e a inconstitucionalidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública	20
2.2 – O ranço do Direito Penal do Inimigo no contexto da prisão preventiva .	25
3. AS DISTORÇÕES NA EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA	30
3.1 A subversão da excepcionalidade da prisão preventiva	30
3.2 – O excesso de prazo e a alteração advinda da Lei nº 13.964/2019	37
4. OS EFEITOS NEFASTOS DO USO ABUSIVO DA PRISÃO PREVENTIVA	41
4.1 - A relação do excesso de prisões preventivas com a superlotação carcerária e o Estado de Coisas Inconstitucional	41
CONCLUSÕES	48
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é considerada a principal e mais antiga medida cautelar do processo penal. O Código de Processo Penal de 1941 sistematizou e definiu os traços e requisitos dessa medida. Dispõe, nesse sentido, em seu art. 312, que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. O art. 313, por sua vez, enumera as hipóteses em que será admitida a decretação de tal medida, de acordo com as características do crime.

No Brasil, o sistema de justiça criminal, dentre diversas outras falhas estruturais, faz uso sistemático e abusivo da prisão preventiva. É cediço que a decretação de tal medida cautelar deve ser exceção, somente aplicada quando insuficiente a decretação das medidas cautelares alternativas dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal. Contudo, ao observar a práxis cotidiana e a jurisprudência, a lógica parece se inverter, de modo que na prática é facilmente perceptível que a prisão preventiva funciona como regra. O número de presos provisórios no país (aqui incluídos também os por prisão temporária) é de 37,2% do número total de presos, de acordo com levantamento realizado pelo CNJ.¹

Os pressupostos autorizadores da prisão preventiva são banalizados (indícios suficientes de autoria e prova de materialidade do crime), sendo usados de maneira genérica. É muito recorrente decisões que decretam a prisão preventiva limitando-se a fundamentá-la de forma abstrata na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

De acordo com a pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), mais de 80% das pessoas presas em flagrante têm a confirmação da prisão pelo juiz e permanecem presas até o final do processo. O mais grave é que em quase 40% dos casos, o indivíduo acaba por ser absolvido ou recebe penas alternativas.²

¹ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf> . Acesso em 23 de setembro de 2020.

² Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2014/11/brasil-faz-uso-abusivo-da-prisao-provisoria-diz-estudo-4483/> . Acesso em 13 de março de 2020.

Esses dados são alarmantes, pois o devido processo legal e da duração razoável do processo são garantias constitucionais, de modo que o contínuo desrespeito a esses princípios revela um problema estrutural no sistema de justiça criminal pátrio.

É muito comum processos se arrastarem durante anos e réus passarem todo o decurso de tempo presos “provisoriamente”. Ademais, como o Código de Processo Penal não estabeleceu um prazo para a duração da prisão preventiva, deixou ao arbítrio judicial entender o prazo que considera razoável. Graves consequências decorrem desse problema, podendo-se citar, como uma das principais, a superlotação do sistema carcerário, o qual tem parte considerável de suas vagas ocupadas por presos provisórios, muitos deles com prazos excessivos e desarrazoados.

Conforme entendimento de Juízes e Tribunais, certas investigações podem demorar período superior ao estabelecido pela lei em virtude da chamada complexidade do caso. Por vezes, esta chamada complexidade do caso, é utilizada para embasar uma prisão que, na verdade, persiste em razão de argumento genérico de garantia da ordem pública, por exemplo. Alega-se que o réu é perigoso, e que se concedida a sua liberdade, ele provavelmente retornará a praticar delitos, ou ainda porque o crime praticado é grave.

Destaque-se que a prisão preventiva tem como objetivo afastar o risco processual e não deve ganhar contornos de política de segurança pública ou de punição. O modo como este tipo de prisão provisória é utilizado ganha contorno de antecipação da pena, desvirtuando completamente a teleologia da norma que instituiu a medida.

O sistema de persecução criminal não admite que se cumpra pena antes da condenação, pois essa deformidade consiste em grave afronta ao princípio da presunção de inocência, positivado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Fundamental analisar, também, as medidas cautelares diversas da prisão, mormente diante de sua importância para que as prisões provisórias sejam aplicadas com caráter alternativo, apenas em casos nos quais as medidas dispostas no art. 319 do CPP não são suficientes para assegurar a tutela dos bens jurídicos cuja violação enseja a decretação da mais grave medida cautelar no processo penal, qual seja a prisão preventiva.

Nesse sentido, importa destacar que as medidas cautelares são instrumentos necessários para que se assegure o regular desenvolvimento do processo e para que, ao final deste, seja concedida a prestação jurisdicional. As cautelares garantem ainda, que a prestação jurisdicional seja eficaz na solução do conflito que lhe foi posto.

No âmbito do processo penal brasileiro, em 2011, a Lei 12.403 entrou em vigor, reformulando o sistema das medidas cautelares no processo penal. A mencionada lei

alterou o Código de Processo Penal, enumerando no art. 319 deste diploma legal as medidas cautelares alternativas à prisão. Tal inovação rompeu o binômio prisão-liberdade e trouxe uma alternativa menos danosa à restrição de liberdade do acusado.

As medidas cautelares diversas da prisão devem priorizar o caráter substitutivo, funcionando como alternativa à prisão cautelar. Assim, a adoção de tais medidas deve ser estimulada e priorizada em detrimento da aplicação de tão grave medida restritiva de um bem jurídico de tanta relevância: a liberdade. A prisão preventiva, portanto, deve funcionar como *ultimo ratio*, como último instrumento a ser utilizado.

Exposto, superficialmente, o quadro relativo a problemática levantada, torna-se clara a necessidade de mudança. Caracterizando grave ofensa à direitos fundamentais e princípios constitucionais, o abuso na aplicação da prisão preventiva desvirtua o processo penal brasileiro em sua essência e ajuda a perpetuar o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. Daí a necessidade e urgência em se tratar, seriamente, do tema.

1. SISTEMA CAUTELAR PROCESSUAL PENAL

1.1 Natureza jurídica da prisão e das medidas cautelares

No ordenamento jurídico pátrio, o instituto da prisão consiste na privação de liberdade, isto é, no recolhimento de alguém ao cárcere. Tal confinamento deve ser lastreado em mandado judicial ou em flagrante delito. Relativamente às suas modalidades, a prisão é decorrente de pena privativa de liberdade – detenção, reclusão ou prisão simples – ou de prisão provisória cautelar, que tem como espécies a prisão preventiva, a prisão temporária e a prisão em flagrante, não obstante exista controvérsia em relação à natureza jurídica da prisão em flagrante.

Nessa perspectiva, o direito à liberdade, revestido da mais alta relevância no âmbito dos direitos humanos fundamentais, só pode ser legitimamente cerceado através da aplicação da prisão-pena, decorrente de condenação transitada em julgado. Excepcionalmente, contudo, a fim de resguardar o andamento do processo, a liberdade também pode ser tolhida através da decretação da prisão cautelar, espécie de prisão provisória, a qual prescinde de condenação e tem caráter estritamente assecuratório.³

Outrossim, importante destacar o conceito de prisão na visão de Nucci:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. A prisão no processo penal equivale à tutela de urgência do processo civil. Ilustrando, o art. 300 do novo CPC: “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo⁴

A prisão-pena é resultado de uma sentença condenatória transitada em julgado. A prisão cautelar, por sua vez, tem o objetivo de assegurar o regular andamento de uma investigação ou instrução criminal, livrando-as de qualquer interferência por parte do

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. Pág. 488.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. Pág. 436.

indiciado ou réu. Como medida assecuratória por excelência, a prisão cautelar distingue-se da prisão pena e jamais deve ser considerada uma sanção. Nesse sentido, Renato Brasileiro leciona:

Em um Estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Todavia, entre o momento da prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Daí o caráter imperioso da adoção de medidas cautelares, a fim de se atenuar esse risco.⁵

É cediço que no processo penal não há um processo cautelar autônomo, de modo que a tutela cautelar se dá no âmbito da própria ação de conhecimento, através de uma série de medidas cautelares. As ditas cautelares objetivam viabilizar a prestação jurisdicional, adequando-se às circunstâncias da ação e potencializando sua eficácia.

O processo penal cautelar não é um fim em si mesmo. É, na verdade, um instrumento, um meio, que visa assegurar o regular andamento do processo, para que ele chegue ao seu fim sem interferências indevidas, assegurando a eficácia da decisão a ser prolatada. Delmanto Junior leciona:

Acreditamos, igualmente, que a característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório.⁶

No bojo do processo, determinadas circunstâncias ensejam a aplicação de alguma medida restritiva, a fim de que a investigação ou instrução criminal não seja prejudicada, ficando livre de interferências, ou que a lei penal seja efetivamente aplicada ao fim do processo. A finalidade de uma medida cautelar é, como o termo sugere, acautelar o processo. A utilização desse instrumento com o objetivo de punir o acusado está absolutamente fora do que foi e está previsto para ele.

⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. p. 297. Apud. BRASILEIRO, Renato. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013. Pág. 904.

⁶ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. Pág. 83.

Há ainda algumas situações específicas nas quais uma cautelar pode ser decretada a fim de garantir mais segurança à sociedade, como será delineado em tópico posterior.

Em relação às cautelares, afirma Calamandrei:

Representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes na Justiça: a da celeridade e a da ponderação. Entre fazer logo, porém mal e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, permitindo que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido posteriormente, de forma ponderada, nos trâmites vagarosos do processo ordinário.⁷

No que concerne especialmente à prisão preventiva, trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei. De acordo com a lição de Frederico Marques, possui quatro pressupostos: natureza da infração (alguns delitos não a admitem, como ocorre com os delitos culposos); probabilidade de condenação (*fumus boni juris*, ou seja, “fumaça do bom direito”); perigo na demora (*periculum in mora*); e controle jurisdicional prévio.⁸ Ressalte-se, contudo, que há controvérsia em relação às expressões “*fumus boni juris*” e “*periculum in mora*”, que são consideradas impróprias no âmbito do processo penal. A doutrina e a jurisprudência adotam, respectivamente, as expressões “*fumus comissi delicti*” e “*periculum libertatis*” para tratar desses pressupostos.

O art. 311 do Código de Processo Penal, em nova redação dada pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, estabelece que “*em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial*”. A prisão preventiva, por se tratar de prisão cautelar e se dar antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tem a finalidade de impedir a continuidade da prática criminosa e garantir a efetividade e o regular andamento do processo.

⁷ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione alio studio sistemático deiprovedimenti cautelari**. Pádova: Cedam, 1936, p. 19. Apud BRASILEIRO, Renato. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013. Pág. 770.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. Pág. 487.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, era facultado ao juiz decretar a prisão preventiva de ofício, desde que no curso da ação penal. Essa possibilidade consistia em claro resquício do sistema inquisitório e sofria justas críticas, pois, ao decretar uma prisão cautelar sem qualquer provocação, o magistrado tem sua imparcialidade comprometida e as funções de acusar e julgar acabam se entrelaçando de forma indevida. Entretanto, em harmonia com o sistema acusatório, a Lei nº 13.964/2019 reduziu a atuação de ofício do juiz, de modo que hoje a prisão preventiva só pode ser decretada mediante requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

A lei em comento, acertadamente, buscou mitigar o ativismo judicial, ao menos em relação às inovações trazidas pelas medidas cautelares. Contudo, o art. 316, *caput*, através da nova redação, estabeleceu que “o juiz poderá, de ofício, revogar a prisão preventiva, se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Ao incluir a expressão “de ofício” e possibilitar ao juiz decretar novamente a prisão preventiva, a alteração vai na contramão das outras modificações, as quais, como já mencionado, objetivam reduzir a atuação de ofício dos juízes no âmbito das medidas cautelares.

A contradição presente nessa alteração é flagrante. Após a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, não mais é facultado ao juiz decretar prisão preventiva de ofício, seja na investigação ou no curso da ação penal. A própria lei, no entanto, confere ao magistrado a possibilidade de, sem qualquer provocação, decretar novamente uma prisão preventiva que já havia sido revogada. Diante de tal contradição, torna-se difícil encontrar algum sentido na alteração do art. 316, *caput*. Não se trata aqui de problematizar a decretação de nova prisão preventiva, mas sim de questionar a possibilidade de que o juiz o faça de ofício, vez que essa faculdade vai de encontro à lógica das demais alterações.

1.2 – Requisitos, hipóteses de cabimento da prisão preventiva e as medidas cautelares alternativas à prisão

A prisão preventiva é uma das espécies de prisão provisória (existe também a prisão temporária) e, nos termos do art. 311 (CPP), pode ser decretada pelo juiz, em

qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Para ser legítima, a prisão processual cautelar deve, além de preencher os pressupostos do art. 312, CPP, fundar-se em razões justificadoras da sua absoluta necessidade.

Além dos tradicionais legitimados ativos supramencionados, a Lei nº 12.403/2011 estabeleceu um novo legitimado ativo na possibilidade de requerimento da prisão preventiva. A vítima do crime, por meio do assistente de acusação, foi inserida como legitimada ativa. Tem grande importância a ampliação da participação do ofendido no processo penal, não somente para assegurar eventual indenização civil, mas também para promover o andamento e o deslinde da causa, conforme seus anseios de justiça.⁹

O art. 312 do CPP, estabelece os dois requisitos essenciais para a aplicação da prisão preventiva, quais sejam o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. *Fumus comissi delicti* consiste na prova da existência do crime (materialidade) e indícios suficientes de autoria. Exige-se aqui a certeza de que houve um delito, vez que seria absurdo recolher alguém ao cárcere quando há dúvida até mesmo da ocorrência de crime.

Em relação a exigência de indício suficiente de autoria, esse indício deve ser concreto e suficiente, de modo que o juiz, ao decretar tal medida cautelar, deve estar seguro da possível autoria do investigado.

Aqui não se exige a convicção da autoria do acusado, mas sim suspeita fundada de que a possibilidade de tal autoria é concreta. Para isso, imprescindível a existência de elementos que indiquem a possibilidade de autoria. O *fumus comissi delicti*, portanto, não consiste em juízo de certeza, mas de probabilidade razoável. A consideração desta possibilidade como concreta não pode pautar-se em mera convicção interna do juiz ou em elementos insuficientes e precários. Exige, para isso, a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos de atos de investigação.¹⁰

No tocante ao *periculum libertatis*, consiste no perigo que há caso o suspeito permaneça em liberdade. O *periculum libertatis* está disposto no art. 312, de modo que a prisão preventiva só pode ser decretada com fundamento na garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. Pág. 487.

¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Pág. 632.

São situações nas quais a liberdade do acusado traz riscos, que podem ser afetos ao próprio processo, isto é, à investigação (conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), ou à sociedade (garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica). Destaque-se ainda, que as situações mencionadas são alternativas e não cumulativas, bastando apenas uma delas para que se justifique a medida cautelar.¹¹

A permanência do acusado em liberdade traria, nas citadas hipóteses, riscos à sociedade, tendo em vista a possibilidade de reiteração criminosa, ou ao deslinde do próprio processo, em havendo possibilidade de fuga, destruição de provas, ocultação dos proveitos do crime ou intimidação de testemunhas.¹²

A Lei nº 13.964/2019 agregou aos pressupostos que já existiam "o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado", que, em que pese a vagueza conceitual, deverá ser reconhecido e demonstrado no despacho que decretar a prisão preventiva, para em seguida acrescentar a necessidade da prisão a um de seus requisitos legais.¹³ Ao que parece, essa inclusão veio apenas para explicitar um pressuposto já intrínseco à lógica das medidas cautelares: o *periculum libertatis*.

Para a decretação da prisão preventiva, os pressupostos mencionados devem ser combinados com a existência de pelo menos uma das situações explicitadas no art. 312 do CPP: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; para assegurar a aplicação da lei penal. Tais requisitos têm o condão de servir como um obstáculo imposto pela lei a fim de que essa modalidade de prisão não seja utilizada de forma abusiva.

Além dos já mencionados requisitos essenciais, a prisão preventiva deve estar em consonância com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, excepcionalidade, jurisdicionalidade e motivação, provisionalidade e provisoriedade.¹⁴

A razoabilidade e a proporcionalidade funcionam como princípios limitadores da duração prolongada e excessiva da prisão preventiva. Tendo em vista a relevância desses conceitos, se faz necessário delinear como eles se aplicam e como devem ser entendidos no contexto da cautelar em análise. É a obediência a esses princípios que

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Pág. 634

¹² Idem, Ibidem. Pág. 636.

¹³ Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/330315/prisao-preventiva-e-sua-duracao-razoavel>. Acesso em: 20 de março de 2020.

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Pág. 585

permite a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência.¹⁵

Razoável é a prisão cautelar cujo tempo de duração é o menor possível em face dos concretos elementos extraídos do processo. Nesse sentido, ao analisar a existência de razoabilidade na manutenção da preventiva, deve-se levar em conta: a complexidade da causa (se há apenas um delito, ou se trata-se de vários crimes em concurso formal ou material); o número de réus (quanto maior o número, maior será o número de defesas e menos célere será o andamento do feito); o número de processos em andamento na Vara ou no Tribunal; atuação do juiz; atuação das partes (acusação e defesa que atuam nos limites dos prazos legais ou procrastinam)¹⁶.

A razoabilidade, portanto, não pode ser aplicada da mesma forma e com o mesmo grau de exigência em todos os processos. Deve ser analisada no caso concreto e considerando todas as peculiaridades relativas ao caso, de modo que um mesmo lapso temporal de duração da cautelar pode ser considerado abusivo em um caso e razoável em outro.

Por sua vez, a prisão cautelar é considerada proporcional quando seu período de duração não excede os limites da pena mínima prevista para o delito e tampouco supera prazos relativos à concessão de benefícios de execução penal, quais sejam: avaliação do mínimo e do máximo cominados em abstrato para o crime em apuração no processo; análise das condições pessoais dos réus; potencial aplicação da pena mínima ou superior ao mínimo; verificação dos benefícios relativos à progressão; checagem da potencial concessão de penas alternativas; registro de potencial concessão de sursis; exame do eventual regime inicial do cumprimento de pena.¹⁷ A análise da proporcionalidade, portanto, também deve ser feita casuisticamente.

No que concerne às hipóteses de cabimento da prisão preventiva, o art. 313 do CPP enumera uma espécie de grau mínimo de gravidade abstrata para que seja cabível essa modalidade de prisão. Nos termos do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva será admitida: nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; se tiver sido condenado por outro crime

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Pág. 585.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. Pág. 489.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. Pág. 489.

doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvada a hipótese em que já tenha passado o lapso temporal de 5 (cinco) anos, exigido para fins de reincidência; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência

Ainda há outra hipótese de cabimento da preventiva a ser destacada: trata-se da prisão preventiva utilitária. O §1º do art. 313 dispõe que “também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida”. Destaque-se que assim que a dúvida acerca da identidade civil do preso for sanada, a prisão cessa seus efeitos. Caso outra circunstância enseje a permanência do preso no cárcere, a medida poderá ser mantida, porém não mais tratar-se-á da prisão preventiva utilitária, e sim de outra hipótese de prisão.

A decretação da preventiva com fundamento no descumprimento (art. 282, §4º) de medida cautelar não precisa atender aos limites impostos no art. 313. Como o descumprimento de uma pena restritiva de direitos autoriza a conversão em pena privativa de liberdade, o mesmo raciocínio é aplicado ao descumprimento injustificado de medida cautelar diversa da prisão, autorizando a decretação da prisão preventiva, independentemente da observância do art. 313 do CPP.¹⁸ De tal modo, ainda que se trate de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima inferior a 4 (quatro) anos, por exemplo, será permitida a aplicação da preventiva em caso de descumprimento injustificado das medidas cautelares do art. 319.

Mais uma hipótese de cabimento da prisão preventiva é a sua decretação quando do descumprimento das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. O artigo em comento estabelece o seguinte, *in verbis*:

“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 indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela

¹⁸ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Págs. 882-883.

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.”

Os requisitos para a aplicação das cautelares diversas da prisão são os mesmos para a decretação da prisão preventiva, quais sejam o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*, além da necessidade e adequação. Destaque-se novamente, que a Lei nº 12.403/2011 reformou o sistema cautelar do processo penal, a fim de assegurar o caráter de *ultima ratio* da prisão. Desse modo, o legislador objetiva oferecer mecanismos assecuratórios eficazes, para resguardar o andamento do processo e proteger a sociedade, de maneira que a adoção de tais medidas deve ser priorizada em detrimento da prisão provisória.¹⁹

A segregação cautelar, portanto, deve ser considerada exceção, apenas sendo cabível quando demonstrada sua imprescindibilidade para assegurar a aplicação da lei penal, a conveniência da instrução criminal, a garantia da ordem pública ou econômica, nos termos do art. 312 do CPP. Em boa parte dos casos em que se analisa a necessidade de aplicação da prisão cautelar, as cautelares alternativas à prisão se mostram suficientes, pois possuem o mesmo fim assecuratório da prisão preventiva, mas possuem um grau muito menor de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo.

Em determinados casos, todavia, é possível que as referidas cautelares sejam aplicadas, mas não se mostrem suficientes, de modo que restará satisfeita a hipótese de cabimento da prisão preventiva com base no descumprimento de medida cautelar. No caso concreto, caso ocorra o descumprimento de medida cautelar, o magistrado poderá substituir a medida por outra que julgue mais eficiente. Também lhe é facultado cumular a medida descumprida com outra medida prevista no art. 319 e, conforme mencionado, decretar a prisão preventiva.

¹⁹ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Págs 872-873.

A possibilidade de conversão de medida cautelar diversa da prisão em prisão objetiva conferir coercitividade às medidas. Diante da ameaça de conversão das cautelares do art. 319 em prisão preventiva, no caso de descumprimento injustificado, assegura-se maior eficácia a tais medidas. A força coercitiva impõe ao acusado maior grau de respeito ao cumprimento das medidas, pois ele tem conhecimento de que caso as descumpra injustificadamente, não fazendo por merecê-las, poderá ter outras medidas restritivas cumuladas, ou até mesmo a prisão preventiva decretada.

Tendo em vista a reformulação trazida pela Lei nº 12.403/2011 no âmbito do sistema cautelar, é imperioso asseverar que as inovações advindas da referida lei modificaram a estrutura desse sistema, que impõe toda uma lógica a ser seguida. As medidas cautelares diversas da prisão, inseridas no art. 319 do CPP, são priorizadas em relação à prisão preventiva.

Antes do surgimento desse sistema, as opções dos juízes e tribunais eram restritas, de modo que a prisão era massivamente aplicada (ainda é), sendo uma das justificativas a de que era o único meio de assegurar a eficácia do processo e/ou resguardar a sociedade. Contudo, com as medidas trazidas pela lei em comento, tal argumento não mais se justifica, pois a partir de então os magistrados dispõem de um arcabouço de alternativas aptas a assegurar os mesmos fins visados pela preventiva. A superação dessa dualidade é analisada com clareza por Pierpaolo Bottini. Veja-se:

Protege, de forma mais efetiva, o processo, o acusado e a própria sociedade. O processo, porque surge um novo rol de medidas protetivas à ordem dos trabalhos. O acusado, porque a prisão cautelar, ato de extrema violência, fica restrita como opção extrema e última. A sociedade, porque a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato nefasto com o submundo de valores criados pela cultura da prisão”.²⁰

Anteriormente ao advento da Lei nº 12.403/2011, portanto, vigorava no sistema cautelar processual penal o chamado binômio liberdade-prisão. No que concerne às medidas cautelares pessoais, só havia duas possibilidades: prisão preventiva e liberdade provisória. A ausência de outras alternativas tinha como fruto uma bipolaridade no sistema cautelar, na qual a prisão era a única alternativa à liberdade provisória.

²⁰ BOTINI, Pierpaolo, et al. **As Reformas no Processo Penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 455.

No país com a terceira maior população carcerária do mundo²¹ e imerso em uma cultura fortemente prisional, alimentada pelos gravíssimos problemas de segurança pública, é lógico concluir que a prisão preventiva era ainda mais utilizada. Além da influência dos fatores sociais e culturais mencionados, era única medida passível de aplicação pelo juiz diante de necessidade cautelar. A prisão, na verdade, sempre foi a regra e seu caráter excepcional sempre foi desrespeitado.

Infelizmente, porém, mesmo após a lei das novas medidas cautelares no processo penal, a prisão preventiva continua sendo aplicada com mais frequência do que deveria, ao passo em que as cautelares alternativas à prisão ainda não são priorizadas e utilizadas como deveriam. Não obstante tenha sido adotado um novo regime de medidas cautelares, em consonância com o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, reforçando o caráter de *ultima ratio* da prisão preventiva, a banalização da prisão preventiva continua em marcha.

Ao receberem os autos de prisões em flagrante, os magistrados, em boa parte das vezes, se limitam a converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, sem sequer refletir sobre a possibilidade de concessão da liberdade provisória, ainda que cumulada com medidas alternativas do art. 319 do CPP. É a subversão completa do caráter subsidiário da prisão preventiva, cuja aplicação só deveria se dar em caso de as medidas alternativas serem insuficientes para resguardar com eficácia o processo. A audiência de custódia, embora tenha sido um grande avanço, pouquíssimo muda o uso indiscriminado da prisão provisória. Os magistrados acostumados a converterem o flagrante em prisão preventiva de maneira quase automática, continuarão procedendo da mesma forma.

Em um regime democrático, a referida banalização da prisão preventiva é um problema grave que demonstra uma realidade onde os direitos fundamentais dos indivíduos são preteridos em nome de uma pretensa defesa social, remetendo a uma leitura do processo criminal típica dos regimes autoritários.²²

Tendo em vista que a Lei nº 12.403/2011, mesmo elencando uma gama de medidas cautelares menos graves que a prisão, pouco mudou o panorama, escancarou-se

²¹ Disponível em: <https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/> . Acesso em: 24 de março de 2020.

²² SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A Banalização da Prisão Preventiva para a Garantia da Ordem Pública**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. n. 67, pp. 213 – 244. Belo Horizonte, 2015. Pág. 16

que o problema da banalização da constrição cautelar no Brasil não é legislativo, mas cultural, uma vez que a prisão preventiva segue sendo utilizada indiscriminadamente.²³

²³ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44 Apud. SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A Banalização da Prisão Preventiva para a Garantia da Ordem Pública**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. n. 67, pp. 213 – 244. Belo Horizonte, 2015. Pág. 7.

2. INCONSTITUCIONALIDADES NOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

2.1 - As situações que constituem o *Periculum Libertatis* e a inconstitucionalidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública

Conforme mencionado anteriormente, a prisão preventiva exige, para sua decretação, os requisitos essenciais *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Aquele consiste na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. O *Periculum Libertatis*, por sua vez, é consubstanciado na existência de pelo menos uma das situações explicitadas no art. 312 do CPP: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; para assegurar a aplicação da lei penal. Tais requisitos têm o condão de servir como um obstáculo imposto pela lei a fim de que essa modalidade de prisão não seja utilizada de forma abusiva.

O CPP, com fundamento na Constituição Federal e na força de seus princípios, revela que a regra é que o acusado responda em liberdade. A prisão preventiva é, em tese (e apenas em tese), exceção. Apenas será aplicada caso o acusado preencha os requisitos essenciais e sua situação fática e processual se encaixe em alguma das hipóteses acima mencionadas.

Concernente às situações elencadas no art. 312, e mais especificamente à decretação da preventiva com base na conveniência da instrução criminal, destaque-se que essa situação tem em vista que o estado de liberdade do indivíduo coloca em risco a produção probatória, pois o agente tenta alterar o local do crime, por exemplo. Com base nisso, justifica-se a decretação da preventiva para fins de garantir a conveniência da instrução criminal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Na situação fática em comento, o risco à instrução deve ser efetivo. É necessário que o acusado se porte de maneira que efetivamente apresente riscos ao regular desenvolvimento do processo. O ato de ameaçar testemunhas, vítimas e peritos é o exemplo mais típico de utilização da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal. Ademais, esse fundamento também é invocado quando se tem

conhecimento que o imputado está destruindo documentos, e também quando ele intimida o juiz ou o promotor do feito.²⁴

Por sua vez, o deferimento da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal tem relação com o (fundado) receio de que o acusado poderá fugir, obstando a futura aplicação da lei penal, em caso de eventual condenação. Ressalte-se, contudo, que o risco de fuga não pode ser presumido e baseado em ilações sem concretude. A possibilidade de fuga deve ser concreta, fundada em elementos idôneos a levarem a crer que se trata de risco real e iminente.

É preciso muita cautela dos operadores do direito ao fazerem projeções. A constatação de que há possibilidade de fuga do acusado em determinado caso não pode seguir uma mera intuição ou crença de que “qualquer um fugiria diante de tais circunstâncias jurídicas e pessoais”. O risco, portanto, deve ser medido através de análise vinculada exclusivamente à realidade fática e probatória.²⁵

Relativamente à prisão preventiva como garantia da ordem econômica, destaque-se que, rigorosamente falando, tal hipótese é espécie do gênero “garantia da ordem pública”. Nesse caso, visa-se, com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de seriíssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área.²⁶

A garantia da ordem pública, fundamento para decretação da prisão preventiva, é uma expressão vaga, que gera muitas controvérsias em razão de seu conteúdo indefinido e com alto grau de subjetividade. Contudo, é amplamente considerado que visa preservar a segurança pública. A *gravidade concreta* do crime, portanto, é um dos fatores levados em consideração quando da análise de eventual preenchimento desse requisito. Ademais, envolve a *repercussão social*, a *maneira destacada de execução*, *condições pessoais negativas do autor* e *envolvimento com associação criminosa*.²⁷

Parte da doutrina e da jurisprudência considera que esse fundamento não possui caráter cautelar e ganha contornos de pena antecipada. Embora esse entendimento não seja majoritário, parece claro que a garantia da ordem pública se afasta um pouco da

²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Pág. 636.

²⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Pág. 637.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Pág. 93.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Pág. 94

finalidade cautelar a que se propõe a prisão preventiva, servindo para fins que não se propõem a acautelar o processo.

A decretação da preventiva com fundamento na garantia da ordem pública visa, na verdade, garantir mais segurança à sociedade, isto é, garantir a paz social, de modo que acaba sendo utilizado como resposta ao clamor social e para preservar a credibilidade das instituições.²⁸ Ao se destinar a garantir mais segurança à sociedade e utilizar a gravidade do crime para justificar essa necessidade, a garantia da ordem pública se afasta do fim cautelar a que se presta a prisão preventiva.

Além de não se destinar a acautelar o processo propriamente, a garantia da ordem pública, considerando a subjetividade e a indeterminação desse fundamento, confere ampla margem de interpretação ao juiz. A título de comparação, as circunstâncias que ensejam a decretação da preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal são muito mais claras e objetivas, de maneira a conferir ao juiz uma margem de interpretação muito menor no momento da decisão. Assim, é assegurada uma maior proteção à liberdade do acusado, a qual só será tolhida caso ele venha a praticar condutas específicas ou ostente uma condição pessoal e/ou profissional que o ofereça plenas condições de atrapalhar as investigações e o deslinde do processo. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. Explica:

Nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais. Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medida de segurança pública²⁹

Quanto ao termo “ordem pública”, entretanto, seu conteúdo amplo e de difícil delimitação torna o fundamento a que dá origem suscetível a malabarismos retóricos. Esse conceito aberto acaba sendo moldado para servir a interesses obscuros e confere considerável margem para abusos de poder por parte do aparelho repressor estatal.

Por ser responsável pelo mais alto grau de interferência na esfera de liberdade do indivíduo, já que o direito fundamental à liberdade é privado mesmo sem que haja condenação transitada em julgado, parece ilegítimo que a prisão cautelar tenha em um de

²⁸ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A Banalização da Prisão Preventiva para a Garantia da Ordem Pública**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.l.], n. 67, p. 213-244 2016. Pág. 213.

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Pág. 646.

seus fundamentos um nível tão alto de vagueza. Outrossim, por não ter uma finalidade acautelatória, a garantia da ordem pública tem sua constitucionalidade seriamente comprometida.

Geraldo Prado sintetiza a problemática da seguinte forma:

“A inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do que ela não é: de não se tratar de medida cautelar. Esta prisão é inconstitucionalidade também pelo que é: medida de polícia judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida no processo – se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída – valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação de liberdade.”³⁰

Importa destacar ainda, que a prisão com base na garantia da ordem pública tem efeito muito mais perverso nas camadas sociais mais baixas e em pessoas negras, tendo em vista o conhecido racismo estrutural enraizado em nossa sociedade.

Ademais, se aproxima, sem dúvidas, do direito penal do autor, uma vez que em razão de seu conteúdo obscuro e amplo, o fundamento em análise é muito utilizado contra pessoas negras e/ou pobres e, em situações análogas envolvendo delitos e circunstâncias similares, atinge com muito menos frequência e intensidade indivíduos brancos e de classes sociais mais altas.

Aqui a seletividade da justiça criminal no Brasil é reforçada, pois aos olhos da maior parte da sociedade e, por consequência, também da maioria dos integrantes do aparato repressor estatal, pessoas de camadas sociais mais baixas e/ou de pele escura sempre representam maior perigo à sociedade do que pessoas de classes sociais elevadas e/ou de pele clara. Aquelas estão, portanto, mais sujeitas a serem presas com lastro em argumentos genéricos, que são justificados de maneira rasa na garantia da ordem pública.

A interferência que uma prisão provisória tem na liberdade de um indivíduo já é assunto muito delicado, visto que não há sentença transitada em julgado e, por conseguinte, ainda vigora o princípio da presunção de inocência. Nas hipóteses de decretação da prisão preventiva – excetuando-se a garantia da ordem pública – porém, essa interferência é legitimamente justificada no fim cautelar a que se propõem. Relativamente à garantia da ordem pública, contudo, não há finalidade cautelar que

³⁰ PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da prisão provisória**. Comentários aos artigos 311-11 do CPP na redação da lei 12. 403/11. 2011, p. 114. Apud. MATOS, Helena. **A crise da prisão preventiva à luz do fenômeno do encarceramento em massa**. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2016. Pág. 30.

legítima essa interferência, a qual é ainda mais questionável diante de sua aplicação seletiva e não isonômica.

As circunstâncias em que se baseiam a garantia da ordem pública não desaparecem. Exemplo: quando a alegada periculosidade do acusado é usada para justificar a prisão com base na garantia da ordem pública, essa periculosidade vai existir por todo o processo.³¹ Nesse caso, geralmente a prisão preventiva é mantida durante toda a ação, de modo que, na prática, é como se o acusado fosse considerado culpado desde o início. A prisão cautelar preventiva é deturpada e, na prática, funciona como antecipação da pena. É a prisão-pena revestida de prisão preventiva.

Nessa esteira, além de contribuir para o colapso do sistema penitenciário, a decretação da prisão preventiva com fundamento da garantia da ordem pública, vide o exemplo supracitado, é inconstitucional. Carece de finalidade cautelar a prisão com base nesse fundamento, uma vez que ela possui fins de prevenção geral e especial, impróprias à essência das medidas cautelares.

Evitar o cometimento de novos delitos (que não tenham relação com o delito investigado) ou aplicar prisão cautelar com contornos de punição, tendo em vista a gravidade do crime, não consistem em objetos legítimos do sistema cautelar, sob pena de esvaziamento do princípio constitucional da presunção de inocência. Outrossim, argumentos como o de decretar a preventiva para assegurar a credibilidade das instituições também são inconstitucionais e subvertem a lógica do sistema cautelar.

2.2 – O ranço do Direito Penal do Inimigo no contexto da prisão preventiva

Uma grande evolução jurídica do Estado Democrático de Direito é a consagração do Fato, em contraposição ao Direito Penal do Autor. O Direito Penal do Fato consagra o princípio da culpabilidade como o juízo sobre a relação do autor com o fato concretamente realizado, não levando em consideração sua personalidade e conduta social. Aqui não é permitido sancionar o caráter ou modo de ser do indivíduo, devendo julgar exclusivamente seus atos. Nesse modelo adotado no Brasil, em tese, ninguém é

³¹ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A Banalização da Prisão Preventiva para a Garantia da Ordem Pública**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.l.], n. 67, p. 213-244, 2016. Pág. 214.

culpado apenas por supostamente ter uma determinada personalidade ou comportamento questionável. Só é possível julgar e condenar em relação a um determinado fato ilícito.³²

O sistema penal brasileiro adota o Direito Penal do Fato para julgar a ocorrência ou não de um crime, de modo que conceitos do Direito Penal do Autor só podem ser aplicado para fixação da pena, regime de cumprimento, espécie de pena, em consonância com o art. 59 do Código Penal. Os critérios do citado artigo que se coadunam com o Direito Penal do Autor são a conduta social e a personalidade do agente, em que pese ser bastante questionável a compatibilidade desses critérios com um Estado Democrático de Direito.

Embora a teoria do direito penal do fato imponha que só é permitido julgar a ocorrência ou não de um crime exclusivamente de acordo com os atos praticados, o que se vê na prática é uma influência indevida da personalidade – principalmente condição socioeconômica e cor da pele – no juízo que se faz em relação ao acusado. Parte considerável dos magistrados e membros do Ministério Público parece moldar suas decisões e interpretações dos fatos e das leis de acordo com ideias pré-concebidas acerca de alguns padrões de personalidade.

Jakobs definia esse fenômeno como “criminalizações no estado prévio à lesão a bem jurídico”.³³ A influência do direito penal do autor, ainda presente, faz com que o acusado não seja visto como uma pessoa, como um cidadão sujeito de direitos, e sim que ele seja visto e tratado como um inimigo. Nessa perspectiva, o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa. O inimigo, por sua vez, por possuir características que se encaixam em um estereótipo, é visto como inimigo antes mesmo de delinquir. Na verdade, seguindo essa linha de pensamento, é esperado que ele venha a praticar algum delito. A “desumanização” do inimigo começa antes mesmo de um eventual delito, obviamente continuando caso ele de fato ocorra. O que se pune, portanto, é muito mais sua periculosidade do que sua culpabilidade.³⁴ Zaffaroni esclarece:

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal do autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato

³² GRECO, Luis. **Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005. Pág. 214-216.

³³ GRECO, Luis. **Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005 *apud*. JAKOBS, **Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung**, in: ZStW 97, 1985. Págs. 751-753.

³⁴ GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. **Direito Penal do Inimigo e os Inimigos do Direito Penal**. Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP-PERÚ. 2ª. Edição. Pág. 03

como manifestação de uma forma de ser do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitativa. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o ser ladrão (...) Seja qual for a perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o 'ser' de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação.³⁵

Conforme a tese de Jakobs, essa diferença de tratamento entre “cidadãos” e “inimigos” é explicada em como o Estado vê e cria essa diferenciação, procedendo de acordo com ela. Os cidadãos que cometem crimes são vistos como pessoas que delinquem de forma isolada e pontual, sendo merecedores de todas as garantias penais e processuais. Os inimigos são vistos como um perigo para o próprio Estado, e em razão dos estereótipos e do preconceito enraizado na sociedade, são considerados como indivíduos que possuem a personalidade irreversivelmente inserida na criminalidade.

Por ser considerado um perigo, o Estado visa “eliminar” o inimigo, de modo que o normal é que todo o esforço seja feito para que esse inimigo passe o máximo de tempo possível no cárcere e, conseqüentemente, não ameace a sociedade com a sua periculosidade. Diante de tal contexto, as garantias penais e processuais dessas pessoas são sistematicamente desrespeitadas. Segundo o autor, existem, portanto, dois direitos penais: o direito penal do cidadão (*Bürgerstrafrecht*) e o direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*).³⁶

O direito penal do inimigo, apesar de não ser formalmente adotado e não se tratar de um sistema penal ordenado e lógico, possui considerável influência na cultura punitivista e na aplicação do direito penal e processual penal brasileiro. Suas raízes remontam ao passado colonial, à escravidão e à histórica desigualdade social no Brasil. É uma construção histórica e cultural que, enraizada na sociedade, contamina-a e tem peso na formação dos operadores do direito. É flagrante que pessoas pobres e negras, simplesmente por serem pobres e negras, são colocadas dentro de uma moldura na qual são empurradas para se encaixarem no conceito de inimigo.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: RT, 1997. Pág. 107.

³⁶ GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. **Direito Penal do Inimigo e os Inimigos do Direito Penal**. Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP-PERÚ. 2ª. Edição. Pág. 03.

Um levantamento do Infopen concluiu que dos 727 mil presos, 64% são pretos e pardos, número é superior à porcentagem de negros/pretos e pardos na população brasileira, que é de 53%. De acordo com Rafael Custódio, coordenador do programa de Violência Institucional da Conectas:

O perfil da população carcerária brasileira mostra a seletividade das prisões no Brasil. Em sua maioria, são negros, pobres e envolvidos em crimes que poderiam ser tratados com medidas alternativas à prisão, como o tráfico de drogas. Isso é reflexo de uma política de exclusão histórica, e que poderia ser mitigado com uma reforma na Lei de Drogas ou mesmo com a aplicação das audiências de custódia, que impactaria diretamente na diminuição dos presos provisórios.³⁷

Nessa esteira, como uma das manifestações do punitivismo e do preconceito racial e social enraizados na sociedade, o estereótipo do inimigo traz alguns efeitos: muitos são acusados de crimes que sequer deveriam ser acusados; muitos são condenados de maneira absurda e em contrariedade com as provas produzidas; muitos são justamente condenados, porém têm a pena fixada desproporcionalmente; garantias e direitos ignorados sistematicamente; uso excessivo da prisão cautelar e pouco uso das cautelares alternativas à prisão.

Entre todos os efeitos nefastos, merece destaque a contribuição que a influência do direito penal do inimigo dá ao problema da superlotação carcerária, em razão do encarceramento massivo das pessoas que se amoldam ao conceito de “inimigo”. É extremamente danoso o fato de que estereótipos desse nível ditem as decisões de muitos juízes e promotores, fazendo-os, por exemplo, decretar a prisão preventiva sempre que se deparar com um “inimigo” e, em situações análogas ou até mesmo idênticas, procederem de forma muito mais branda.

Parece evidente que o colapso do sistema carcerário no Brasil tem relação direta com o excesso de prisões cautelares, as quais, não bastasse o uso desmedido, ainda são aplicadas de forma seletiva. É o sepultamento do princípio da legalidade, da imputação objetiva, do princípio da isonomia e de diversas garantias constitucionais, penais e processuais. É válido ressaltar novamente que o direito penal do inimigo não é propriamente um sistema penal ordenado e lógico. Todavia, ele é “o conjunto de todas as

³⁷ Disponível em: https://www.conectas.org/noticias/brasil-e-o-terceiro-pais-que-mais-encarcera-pessoas-no-mundo?gclid=CjwKCAjwq_D7BRADEiwAVMDdHqgoTbv6yXHh2HD3OQTIdXrFHRlKzTZ3P7ie9jUoZ9YFrPY-ebwV7RoCIIwQAvD_BwE . Acesso em: 23 de julho de 2020.

normas espalhadas pelo ordenamento jurídico penal que se caracterizam por violar os direitos e as garantias fundamentais da pessoa.”³⁸ Não obstante o direito penal do inimigo não seja um conjunto normativo ordenado, ele se manifesta em algumas normas espalhadas pela legislação e na mentalidade de membros da justiça criminal, que criam em seu imaginário um inimigo, se orientando um padrão pessoal preconceituosamente construído.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. **Direito Penal do Inimigo e os Inimigos do Direito Penal**. Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP-PERÚ. 2ª. Edição. Pág. 05.

3. AS DISTORÇÕES NA EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

3.1 – A subversão da excepcionalidade da prisão preventiva

Trata-se a prisão preventiva de uma medida cautelar de caráter excepcional, que só deve ser decretada quando não forem suficientes as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Nessa esteira, a prisão preventiva figura como medida absolutamente excepcional no direito brasileiro, tendo em vista o dever de observância ao princípio da não culpabilidade – o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, LVII, CF/88). Deste modo, o acusado só poderá ser considerado culpado e, em seguida, sofrer os efeitos da condenação, após o trânsito em julgado da sentença condenatória. A presunção de inocência funciona como princípio limitador da atividade punitiva estatal. A respeito do tema, importante observar o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS” - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM APOIO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO - FUNDAMENTO INSUFICIENTE QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR - INDISPENSABILIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA DE RAZÕES DE NECESSIDADE SUBJACENTES À UTILIZAÇÃO, PELO ESTADO, DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR [...]. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL . - A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII)- reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Doutrina. Precedentes. [...] A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL . - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV)- não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII)- presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão

judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.

(STF - HC: 105556 SP, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 07/12/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: 30/08/2013).

Não obstante a magnitude do princípio da presunção de inocência, com escopo predefinido de assegurar a efetividade da jurisdição, admitem-se restrições à liberdade de locomoção do agente (que não se confunde com pena, portanto afasta-se substancialmente em quesito teleológico). É dizer, à luz do princípio da presunção de inocência qualquer medida constritiva de direito no curso da persecução só há de se justificar a partir de uma finalidade cautelar.³⁹

Sobre a relação da presunção de inocência com a prisão cautelar, Aury Lopes Jr. disserta:

No que tange à prisão cautelar, o estado de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve orientar e parametrizar sua decretação. Se a regra constitucional é a inocência e a situação de liberdade do acusado e a prisão antes do trânsito em julgado, exceção, para que os institutos coexistam é necessário que os princípios da tutela cautelar sejam cumpridos, sob pena de desrespeito à presunção de inocência.⁴⁰

Com advento da Lei 12.403/2011, que modificou a disciplina da custódia cautelar, instituindo, no art. 319 no Código de Processo Penal, as medidas cautelares alternativas à prisão. O caráter excepcional da prisão preventiva é, portanto, reforçado, pois há a necessidade, quando da decretação da preventiva, de observar a pertinência de uma série de alternativas ao encarceramento cautelar. Nesse sentido, o juiz deve considerar a prisão como última alternativa para restringir a liberdade de um indivíduo. A CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos - elencou as seguintes vantagens trazidas pela aplicação das medidas alternativas, em comparação com as medidas privativas de liberdade:

É ferramenta essencial para a redução da superlotação carcerária; evita a

³⁹ Disponível em:

http://www.lexeditora.com.br/doutrina_27808073_O_ABUSO_NA_CUSTODIA_PREVENTIVA_E_A_GARANTIA_DA_ORDEM_PUBLICA.aspx . Acesso em: 10 de agosto de 2020.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva 2015. 12ª ed. p. 804.

desintegração e estigmatização com a comunidade derivadas das consequências pessoais, familiares e sociais ocasionadas pela prisão preventiva; diminui os índices de reincidência; utiliza os recursos públicos de forma mais eficiente; constitui um meio para aperfeiçoar a utilidade social do sistema de justiça criminal e os recursos disponíveis.⁴¹

Importa destacar ainda, que a lei exige a observância dos princípios da necessidade e da adequação na aplicação das medidas cautelares. São requisitos absolutos, de modo que a necessidade da prisão há de ser inequívoca. O encarceramento deve ser indispensável para a aplicação da lei penal, para a investigação ou para a instrução criminal, tendo também o condão de evitar a prática de novas infrações. Veja-se o disposto no art. 282 do Código de Processo Penal:

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.
§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente."(grifos nossos)

Outrossim, ainda o art. 282, no inciso II, §6º, “a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”.

Além de conferir caráter subsidiário à prisão preventiva, que só deverá ser decretada quando não for cabível sua substituição por outra medida cautelar, o CPP determina que o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deve ser devidamente justificado e fundamentado. Nesse sentido, e citando uma frase do ilustre José Gomes Canotilho, Rodrigo Capez traz a seguinte lição:

Uma medida não será necessária se a finalidade puder ser alcançada por outro meio ao menos igualmente eficaz e que não restrinja o direito fundamental afetado, ou restrinja-o com uma intensidade menor. Nesse sentido, 'o cidadão tem direito à menor desvantagem possível.'⁴²

⁴¹ Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/GUIA-PrisaoPreventiva.pdf> . Acesso em: 26 de agosto de 2020.

⁴² CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e Medidas Cautelares Diversas: A individualização da medida cautelar no processo penal**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2017, Págs. 289-290.

A aplicação da preventiva, portanto, não pode ser lastreada em meras ilações ou suposições desprovidas de suporte fático. Infelizmente, isso ocorre com frequência no cotidiano do processo penal.

Tratando-se do sistema processual penal brasileiro, é cediço que se faz uso sistemático, abusivo e desproporcional da prisão preventiva em detrimento da adoção de medidas alternativas. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aponta que o número de presos provisórios corresponde a 34% do total de presos do país.⁴³

A título de comparação, a porcentagem de presos provisórios nos EUA é 21,6%, enquanto a da Rússia corresponde a 18,7% do número total de presos. No Brasil, a taxa de presos provisórios por 100 mil habitantes é de 115. A taxa da Dinamarca é de 22. A da Bélgica é de 31, enquanto a da Suíça é de 34 e a do Canadá é de 40.⁴⁴

Esse número, além de ter graves reflexos na superlotação do sistema carcerário, denuncia que a prisão cautelar não é usada excepcionalmente. A aplicação desenfreada desse instituto não obedece a finalidade a que ele se propõe, subvertendo toda a lógica do sistema cautelar.

Em relação ao tema, a CIDH emitiu um “Guia Prático para reduzir a prisão preventiva”. Na Seção 1 do documento, em tópico denominado “erradicação do uso da prisão preventiva como pena antecipada”, o órgão considera que “a implementação de políticas criminais e reformas legislativas que propõem níveis mais altos de encarceramento como solução dos problemas de insegurança cidadã, constituem um dos principais fatores que incidem sobre o uso não excepcional da prisão preventiva.” Ressalta ainda que “não há evidências empíricas que demonstrem que as políticas baseadas em maiores restrições ao direito à liberdade pessoal tenham uma incidência real na diminuição da criminalidade e da violência, ou resolvam em sentido mais amplo os problemas de insegurança cidadã.”⁴⁵

A banalização da prisão provisória, sobretudo a preventiva, é tão flagrante quanto mostram os números da recente pesquisa “A Aplicação de Penas e Medidas

⁴³ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf> . Acesso em 23 de setembro de 2020.

⁴⁴ Disponível em: [https://www.aosfatos.org/noticias/por-que-ao-contrario-do-que-diz-moro-a-prisao-provisoria-e-um-problema-no-brasil/#:~:text=%22S%C3%A3o%20cerca%20de%2033%25%20de,%2C5%25\)%2C%20por%20exempl](https://www.aosfatos.org/noticias/por-que-ao-contrario-do-que-diz-moro-a-prisao-provisoria-e-um-problema-no-brasil/#:~:text=%22S%C3%A3o%20cerca%20de%2033%25%20de,%2C5%25)%2C%20por%20exempl) o. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

⁴⁵ Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/GUIA-PrisaoPreventiva.pdf> Acesso em: 15 de junho de 2020

Alternativas”, feita pelo Ministério da Justiça e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). De acordo com a pesquisa, o Sistema de Justiça Criminal brasileiro mantém nas cadeias do país cerca de 90 mil presos provisórios que, ao final do processo judicial, acabam sendo absolvidos ou condenados a penas alternativas, sem restrição de liberdade. Segundo esse levantamento, o número representa 37,2% do total de presos provisórios no país.⁴⁶

Tal prática, que foi se perpetuando ao longo dos anos, acaba por deturpar os moldes do processo penal brasileiro em sua essência, violando diversos princípios constitucionais, sobretudo o da presunção de inocência, do devido processo legal e da duração razoável do processo. Ademais, gera consequências extremamente danosas, destacando-se a superlotação do sistema carcerário, responsável pela violação diária e permanente de direitos humanos.

Diante disso, faz-se de grande importância demonstrar que uso sistemático das prisões provisórias contribui para a superlotação das cadeias brasileiras. Outrossim, esse excesso destorce o caráter cautelar e instrumental de tal medida processual, ganhando contornos de política de segurança pública, o que está em total descompasso com a verdadeira finalidade do sistema cautelar.

Valendo-se de argumentos genéricos (e inconstitucionais) de garantia da ordem pública ou econômica, ou fundamentando-se genericamente na gravidade do crime imputado, os operadores do direito vêm fazendo uso desarrazoado e desproporcional da prisão preventiva.

A preventiva não pode ser usada com contornos de antecipação da pena, sob pena de violação à presunção de inocência, princípio de ordem constitucional. Devido a seu caráter instrumental, não tem o condão de ser uma prisão-pena. Tendo em conta a função cautelar que lhe é inerente, atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal, a prisão cautelar também não pode ser decretada para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia, sob pena de se desvirtuar sua natureza instrumental.⁴⁷

A pena só se aplica a quem sofre condenação transitada em julgado. Qualquer prisão, antes deste marco, e com a preventiva não poderia ser diferente, tem a função de

⁴⁶ IPEA. **A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf . Acesso em 23/09/2020.

⁴⁷ BRASILEIRO, Renato. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013. Pág. 904.

resguardar algum interesse dentro do processo. Como medida cautelar que é, visa garantir o regular desenvolvimento do processo e assegurar a eficácia da prestação jurisdicional ao final do processo.

Neste sentido, leciona a doutrina de Aury Lopes Jr:

Fica evidenciado, assim, que as medidas cautelares não se destinam a ‘fazer justiça’, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado.⁴⁸

Há uma verdadeira deturpação do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que diversas decretações de prisões preventivas se baseiam em argumentos genéricos. Ademais, constitui modus operandi de muitos juízes, promotores e delegados de polícia a tentativa desesperada de adequar, mesmo que de maneira injusta e fazendo uso de malabarismos jurídicos, as hipóteses de cabimento ao caso concreto.

Desse modo, não há subsunção do caso concreto à norma, como deveria ser, e os citados operadores do direito criam uma convicção baseada em elementos insuficientes, deturpando a presunção de inocência e pautando-se numa “presunção de culpa”.

Em tais casos é possível que, ao longo da investigação e do processo, sejam colhidas provas e elementos que demonstrem inequivocamente a culpa do acusado, de modo que este venha a ser condenado e eventualmente preso. Ocorre que é comum a decretação da preventiva sem elementos suficientes para tal, ou quando a aplicação das cautelares (uma ou mais de uma) previstas no art. 319 seria suficiente para resguardar o bom andamento do processo e atenderia a preferência dada pelo legislador à adoção dessas medidas em detrimento à prisão.

Na realidade do processo penal brasileiro, as medidas cautelares alternativas à prisão são pouco utilizadas, o que demonstra a ainda forte presença da cultura prisional entre juízes e promotores, e o antagonismo dessa cultura ao princípio da presunção de inocência. Os operadores do direito parecem sentir uma necessidade de segregação quase automática no bojo de grande parcela dos processos criminais em que atuam. Ademais, diante de todo o exposto, é forçoso asseverar que a tutela cautelar penal é usada de forma flagrantemente contrária a garantias constitucionais,

⁴⁸ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. II, 5.^a edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Pág. 121.

Nesse sentido, para Pacelli e Costa, tendo em vista que a Lei nº 12.403/11 forneceu subsídios para a utilização adequada da prisão preventiva, a continuidade do uso banalizado da medida é resultado de uma mentalidade ainda atrelada à legislação produzida em períodos autoritários e em contextos históricos onde a antecipação de culpa era vista com naturalidade nos procedimentos criminais.⁴⁹

Sobre a finalidade com a qual, na prática, a prisão preventiva é utilizada, Ferrajoli assevera que o cárcere preventivo não tem sido utilizado somente para tutelar o processo, mas também para gerar uma imagem de defesa social aos cidadãos, ampliando, portanto, as causas de incidência da prisão cautelar.⁵⁰ A restrição de liberdade cautelar que não tem como verdadeiro objetivo a instrumentalidade, visando, na verdade, antecipar os efeitos da pena para punir o cidadão como se já culpado fosse, desnatura por completo. Nos dizeres de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa:

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva.⁵¹

Destaque-se que a prisão preventiva tem como objetivo afastar o risco processual e não deve ganhar contornos de política de segurança pública ou de punição. O modo como este tipo de prisão provisória é utilizado muitas vezes ganha contorno de antecipação da pena, desvirtuando completamente a teleologia da norma que instituiu a medida. A utilização da preventiva como pena antecipada e como medida de controle social não encontra respaldo em um sistema penal e processual penal de um Estado constitucional e democrático de Direito. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. explica:

“Nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da

⁴⁹ PACHELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão Preventiva e Liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 86. Apud. SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**. Pág. 218.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. Pág. 716.

⁵¹ LOPES JR, AURY e ROSA, Alexandre Morais de. **Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelar> . Acesso em 27 de setembro de 2020.

ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais. Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medida de segurança pública”⁵²

Ainda em relação ao tema, também se faz relevante trazer uma breve análise antropológica e sociológica de Loïc Wacquant :

“Em tais condições, desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r) estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres”⁵³

3.2 – O excesso de prazo e a alteração advinda da Lei nº 13.964/2019

O art. 5.º, LXVI, da Constituição Federal estabelece que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Em tal perspectiva, até que o processo seja transitado em julgado, é válido salientar novamente que, a liberdade é a regra e a prisão, a exceção.

Já a garantia da duração razoável do processo, positivada pelo Pacto de São José da Costa Rica, foi inserida na Constituição através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Além da referida garantia, a emenda inseriu no art. 5º da Carta Magna a garantia de todos os meios que garantam a celeridade na tramitação do processo (inciso LXXVIII). Nesse sentido, a garantia de celeridade na tramitação dos processos constitui um modo de impor limites à textura aberta da razoabilidade, e também mitigava a ausência de um prazo legal a respeito da duração da prisão preventiva, realidade alterada pela Lei nº 13.964/2019.

Conforme o entendimento de muitos juízes e tribunais, certas investigações podem demorar período superior ao estabelecido pela lei em virtude da chamada complexidade do caso. Ocorre que, por vezes a chamada complexidade do caso é utilizada

⁵² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Pág. 646.

⁵³ WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 10, *apud* VALENTE NETO, JOSÉ. **A Custódia Cautelar no Brasil**. Pág. 02

para embasar uma prisão que, na verdade, persiste em razão de argumento genérico de garantia da ordem pública, por exemplo. Alega-se que o réu é perigoso, e que se concedida a sua liberdade, ele provavelmente retornará a praticar delitos, ou ainda porque o crime praticado é grave.

Nessa perspectiva, o ilustre jurista Luiz Flávio Gomes afirma:

Mesmo com toda a divergência que circunda o tema, ainda que se entenda tratar-se de mero prazo jurisprudencial, não se pode negar que, além de direito fundamental, o direito de ser ouvido e julgado dentro de um prazo razoável está inserido no rol de direitos humanos. O processo não pode se transformar numa pena antecipada. Trata-se de decorrência lógica do princípio da não culpabilidade adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, de forma que, todo réu presumido inocente tem direito de ser julgado em prazo razoável.⁵⁴

Frise-se ainda que a Administração Pública está obrigada a garantir a duração dos processos em tempo razoável, ainda quando a dilação se deva a carências estruturais da organização judicial. A insuficiência dos meios disponíveis ou o imenso volume de trabalho que recai sobre determinados órgãos judiciais pode isentar os juízes da responsabilidade pessoal pelos atrasos, mas não a Administração Pública.

Antes da Lei nº 13.964/2019, não havia previsão explícita acerca da duração da custódia preventiva. Os acusados podiam ficar presos preventivamente enquanto perdurassem as circunstâncias que ensejaram a decretação da prisão. A lei, porém, acrescentou ao parágrafo único do art. 316 (CPP) a seguinte determinação: “*Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal*”.

A ausência de prazo legal para a duração da preventiva dava ampla margem para abusos e para a manutenção de prisões que se prolongam por muito tempo, muitas vezes sem qualquer acompanhamento da situação por parte do magistrado e do Ministério Público.

É muito comum processos se arrastarem durante anos e réus passarem todo o decurso de tempo presos “provisoriamente”. A morosidade da justiça brasileira é amplamente conhecida. Ademais, como o Código de Processo Penal não estabelecia um

⁵⁴ Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/75015/excesso-de-prazo-e-justificado-pelas-circunstancias-do-caso-em-concreto#:~:text=Sobre%20o%20tema%20o%20ilustre,de%20um%20prazo%20razo%C3%A1vel%20est%C3%A1> . Acesso em: 22 de agosto de 2020.

prazo para a duração da prisão preventiva, deixou ao arbítrio judicial entender o prazo que considera razoável. Graves consequências decorrem desse problema, podendo-se citar, como uma das principais, a superlotação do sistema carcerário, o qual tem parte considerável de suas vagas ocupadas por presos provisórios (mais de 30%)⁵⁵, muitos deles com prazos excessivos e desarrazoados.

De acordo com a pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), mais de 80% das pessoas presas em flagrante têm a confirmação da prisão pelo juiz e permanecem presas até o final do processo. O mais grave é que em quase 40% dos casos, o indivíduo acaba por ser absolvido ou recebe penas alternativas.

Esses dados são alarmantes, pois o devido processo legal e da duração razoável do processo são garantias constitucionais, de modo que o contínuo desrespeito a esses princípios revela um problema estrutural no sistema de justiça criminal pátrio.

Há muito se criticava a ausência de prazo legal para a prisão preventiva, de modo que pode, inclusive, ser considerado constrangimento ilegal o excesso de prazo na custódia cautelar, de acordo com o entendimento do STF e do STJ.

Nesse contexto, a alteração que impôs a revisão obrigatória, a cada 90 (noventa) dias, da decisão que decretou a prisão preventiva (sob sanção de ilegalidade em caso de descumprimento da dita revisão) é de grande importância para corrigir a deformidade recorrente e gravíssima de se permitir prisões cautelares por prazos indeterminados e abusivamente longos. A provisoriedade da prisão preventiva impõe que ela seja breve, efêmera, sob pena de constituir-se em verdadeira antecipação da pena. Determina-se, então, um novo marco legal para a duração da preventiva.

A decisão revisional, trazida pela Lei nº 13.964/19, além de sempre motivada e fundamentada, requer outros elementos: a já conhecida excepcionalidade da prisão preventiva; a existência do perigo gerado pelo "estado de liberdade"; a verificação da subsistência dos motivos concretos que a justificam; a impossibilidade de que suas circunstâncias permitam equipará-la à antecipação do cumprimento de pena; e que seja insuficiente a substituição por medidas alternativas à prisão⁵⁶

⁵⁵ Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml> . Acesso em 27 de agosto de 2020.

⁵⁶ RUIZ FILHO, Antonio. **Prisão Preventiva e sua Duração Razoável**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/330315/prisao-preventiva-e-sua-duracao-razoavel> . Acesso em: 02 de setembro de 2020.

Destarte, a revisão não pode ser uma mera chancela, uma manutenção desmotivada da prisão. A revisão impõe que sejam reexaminados, mediante despacho "motivado e fundamentado", todos os elementos que suportam a prisão cautelar, como se fosse uma nova decisão.⁵⁷

⁵⁷ RUIZ FILHO, Antonio. **Prisão Preventiva e sua Duração Razoável**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/330315/prisao-preventiva-e-sua-duracao-razoavel> . Acesso em: 02 de setembro de 2020.

4. OS EFEITOS NEFASTOS DO USO ABUSIVO DA PRISÃO PREVENTIVA

4.1 - A relação do excesso de prisões preventivas com a superlotação carcerária e o Estado de Coisas Inconstitucional

É cediço que o sistema carcerário brasileiro é arcaico e possui falhas estruturais profundas. Tal realidade compromete seriamente todo o sistema de política criminal e carcerária, além de que expõe os presos a condições desumanas. É gravíssimo o grau de insalubridade de praticamente todas as unidades prisionais do Brasil. Some-se isso à frágil segurança, aos maus tratos e ao crônico problema da superlotação carcerária e chega-se à realidade infernal e indigna dos detentos, imersos em um processo de desumanização e de permanente violação de direitos humanos.

A realidade penosa dos detentos se manifesta em uma série de fatores. A já mencionada insalubridade é praticamente regra nos estabelecimentos prisionais, onde as doenças infectocontagiosas se proliferam com facilidade. A violência, tanto por parte dos próprios presos, quanto por parte dos agentes carcerários e policiais, faz parte do cotidiano dos encarcerados. Homicídios, torturas e violência sexual são comuns no cotidiano dos aprisionados. Além disso, as carceragens possuem celas diminutas, forçando os presos a se aglomerarem em espaços reduzidos e até mesmo a revezarem a hora em que dormem.

A Constituição Federal garante, no art.5º, inciso XLIX, que “é assegurado aos detentos o respeito à integridade física e moral”. Na realidade, contudo, o Estado não consegue garantir sequer a vida dos presos, que padecem na violência e insalubridade. Embora tudo isso seja constatado e denunciado continuamente em relatórios do Conselho Nacional de Justiça, os anos passam e as dificuldades não parecem diminuir.

Pode-se afirmar, não obstante a gravidade de tal afirmação, que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é sublimemente ignorado nas unidades prisionais pelo Brasil afora. Infelizmente, a prisão ainda se encontra envolvida em um contexto social, político e econômico distante de um padrão mínimo de respeito aos direitos fundamentais. O preso, além de perder a sua liberdade, perde a sua dignidade.⁵⁸

Esse quadro caótico em que se encontra o cárcere brasileiro configura gravíssima violação a normas constitucionais, infraconstitucionais e a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Já em 2006, foi

⁵⁸ VALENTE NETO, JOSÉ. **A Custódia Cautelar no Brasil**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2012. Pág. 141.

elaborado, em Brasília, um relatório sobre a “Situação do Sistema Prisional Brasileiro”, com “relatos das Comissões de Direitos Humanos das Assembleias Legislativas, Comissão Pastoral da Terra e outras entidades”. No referido relatório foram constatadas, entre outras irregularidades: a superlotação, deficiência de pessoal, militarização progressiva do sistema penitenciário, terceirização, problemas com licitações e desvio de verbas.⁵⁹

Diante disso, as frequentes rebeliões que ocorrem nos presídios têm como grande causa as condições desumanas vivenciadas pelos presos. O não cumprimento do conjunto de princípios, leis e imperativos morais que protegem e deveriam dar retaguarda jurídica aos direitos dos presidiários é a principal causa (apontadas pelos próprios líderes) das rebeliões ocorridas.

No enfrentamento desse problema, normalmente a resposta do Estado é focada na repressão, limitando-se a ações paliativas, sem alcançar soluções estruturais que efetivamente melhorem as condições do cárcere. Faz-se importante destacar a precariedade de recursos destinados a melhorias e reformas no sistema penitenciário, o que dificulta fortemente soluções assertivas. A falência do sistema prisional está longe de ser uma das prioridades nas políticas públicas do Brasil

Tendo em vista a ausência de uma solução satisfatória às demandas da população carcerária, um verdadeiro ciclo vicioso é formado. O poder de pressão dos detentos é baseado na subversão, manifestando-se na violência interna e em rebeliões, o que por sua vez reitera a repressão por parte do Estado e a sede punitivista da população, a qual raramente vê com bons olhos notícias de rebeliões em unidades prisionais, aumentando o estigma sobre os presos.

Outrossim, a afronta aos direitos fundamentais e às garantias individuais dos encarcerados contribui não só para o aumento da violência dentro dos presídios, mas também fora deles. Os presos, quando deixam o cárcere, muito raramente são reinseridos na sociedade, ocorrendo normalmente o processo inverso.

Pessoas encarceradas por pequenos delitos passam por transtornos irreversíveis dentro do cárcere, têm a integridade moral e psíquica seriamente abaladas, e quando saem da prisão voltam a delinquir de maneira ainda mais grave. Ademais, os encarcerados por

⁵⁹ LOPES, A. M.; FREIRE, C. M. **O Reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 10, n. 35, 2016. Pág. 287.

delitos mais graves vivenciam situações que os fazem ainda mais tendentes a cometerem crimes iguais ou piores quando forem libertados. Em seu voto, no julgamento da ADPF nº 347, o Ministro Celso de Mello argumentou nesse sentido, como se pode observar do seguinte trecho:

“O sentenciado, ao ingressar no sistema prisional, sofre uma **punição** que a própria Constituição da República **proíbe** e repudia, pois a **omissão estatal** na adoção de providências que viabilizem a justa execução da pena cria situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, culminando por subtrair ao apenado o direito – de que não pode ser despojado – ao tratamento digno. Daí a advertência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em um de seus “Informes sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas” (2011), no sentido de que sempre que o sistema penitenciário de um País não merecer a atenção necessária e os recursos essenciais a serem providos pelo Estado, a função para a qual esse mesmo sistema está vocacionado distorcer-se-á e, em vez de os espaços prisionais proporcionarem proteção e segurança, eles se converterão em **escolas de delinquência**, propiciando e estimulando comportamentos antissociais que dão origem à **reincidência** e, desse modo, afastam-se, paradoxalmente, do seu objetivo de reabilitação.” (grifos nossos)

(STF, ADPF 347 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, DJe-031 19-02-2016)”

Os presídios são verdadeiras escolas do crime. Além da conjuntura em comento inviabilizar a reinserção e a ressocialização dos presos, ela acaba retroalimentando a criminalidade. Como prova disso, as taxas de reincidência criminal no Brasil são altíssimas. Embora essas taxas calculadas pelos estudos brasileiros variem muito em função do conceito de reincidência trabalhado, os números são sempre altos.

O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, por exemplo, divulgou em 2008 que a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime chegava a 70% ou 80% conforme a Unidade da Federação (UF). Não obstante o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) tenha considerado esse dado sobrestimado pelos presos provisórios, que têm seu movimento influenciado pela atividade policial e que não necessariamente se convertem em condenações, é possível ter uma noção de que a reincidência é o caminho de grande parte dos presos no Brasil.⁶⁰

Esse quadro caótico denuncia a falência do sistema penitenciário e o permanente descumprimento dos preceitos da Lei de Execução Penal e de diversos direitos

⁶⁰ IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf> . Acesso em: 05 de maio de 2020.

constitucionais e humanos. Além dos que já foram citados, o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro viola a garantia de que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, assegurada pelo art. 5º, III, da Constituição, e a vedação de penas cruéis, assegurada pelo mesmo artigo, em seu inciso XLVII, alínea “e”.

Os estabelecimentos prisionais consistem em espaços que propiciam e estimulam a produção e a reprodução da violência. Ademais, o número de vagas é insuficiente, em descompasso com a curva crescente no número de condenados e presos. Tal contexto praticamente inviabiliza um dos principais objetivos da prisão, que é a reinserção.

Nessa perspectiva, pode-se asseverar que a política carcerária brasileira, em sua estrutura desumana, expressa também a falta de vontade política em todas as esferas, bem como a incapacidade dos atuais governos de encaminhar soluções e propostas eficientes para os problemas carcerários do Brasil.⁶¹ Há uma inércia reiterada das autoridades públicas em alterar esse panorama.

Em 09 de setembro de 2015, o plenário do Supremo Tribunal Federal, através do acórdão exarado no julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (MC-ADPF nº 347), reconheceu formalmente o estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. Nesse sentido o Min. Marco Aurélio concluiu que:

No sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as ‘masmorras medievais’.

(STF, ADPF 347 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, DJe-031 19-02-2016)”

⁶¹ OLIVEIRA, Hiderline Câmara de. **A Falência da Política Carcerária Brasileira**. Universidade Federal do Maranhão, Programa de pós-graduação em políticas públicas, III Jornada Internacional de Políticas Públicas. Pág. 07.

A referida ADPF foi interposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com pedido de concessão de Medida Cautelar, a fim de obter o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, em virtude da violação de direitos fundamentais da população carcerária. Foi pleiteado ainda que o STF determinasse a todos os juízes e tribunais brasileiros a adoção de providências com o intuito de sanar lesões a preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, resultantes de “condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, no tratamento da questão prisional no país”.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pressupõe a ocorrência de violação permanente e generalizada de direitos constitucionais fundamentais que atinja um significativo número de pessoas; a omissão ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas competentes no cumprimento de suas obrigações para garantir a salvaguarda e promoção dos direitos fundamentais; e a necessidade de atuação de uma pluralidade de órgãos para a superação dessas falhas estruturais decorrentes do funcionamento deficiente do Estado como um todo.⁶²

O acórdão foi prolatado, em sede de liminar, em setembro de 2015, atestando a ocorrência do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, considerando-o como decorrente de falhas estruturais e da violação massiva de direitos fundamentais. A ementa do acórdão tem o seguinte teor:

“CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como estado de coisas inconstitucional. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA

⁶² LOPES, A. M.; FREIRE, C. M. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 10, n. 35, p. 287, 30 dez. 2016.

OBRIGATORIA. Estão obrigados juizes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

(STF, ADPF 347 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, DJe-031 19-02-2016)”

Nesse contexto, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ação constitucional de controle concentrado, o STF decidiu, em sede de liminar, que é flagrante a violação de preceitos fundamentais relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, resultado de uma série de ações, e, no caso, principalmente de omissões do poder público, tanto no âmbito federal, quanto no estadual e no municipal. É, portanto, do ponto de vista formal, o reconhecimento da situação continuamente degradante do sistema prisional, e também da negligência do poder público em relação ao tema.

Ao formalmente reconhecer a existência do referido estado de coisas inconstitucional no acórdão que deferiu parcialmente a liminar, o STF determinou, como uma das medidas a serem tomadas pelo poder público, que os juizes e tribunais lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Ademais, que os juizes e tribunais também, considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

Determinou ainda aos juizes, que que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo. A decisão em comento expõe a necessidade de uma profunda mudança. É preciso rever a interpretação e a aplicação das leis penais e processuais de modo a minimizar a crise carcerária, priorizando as medidas cautelares alternativas à prisão. Além disso, as decisões dos juizes devem ser mais fundamentadas e motivadas, demonstrando sempre a necessidade de aplicação da medida.

Se faz relevante citar o descontingenciamento de recursos do Fundo Penitenciário (FUNPEN). O próprio STF considerou que o FUNPEN estava contingenciando recursos,

o que impede não só a implementação de novos projetos, como a execução dos já existentes, ainda que estes sejam escassos.

CONCLUSÕES

Para o Estado Democrático de Direito, é imprescindível que a prisão (seja ela cautelar ou advinda de condenação após trânsito em julgado) tenha seu caráter excepcional respeitado e que de fato funcione como *ultima ratio*. No tocante à prisão preventiva, a excepcionalidade é ainda mais séria, vez que o investigado ou acusado ainda é considerado inocente, pois não há sentença condenatória transitada em julgado em seu desfavor.

A decretação da prisão cautelar deve, portanto, observar o mais alto grau de cautela, pois consiste em gravíssima interferência. Além de privar o indivíduo da liberdade, o estigma social que uma prisão traz é implacável. Como ainda não há decisão definitiva, torna-se ainda mais gravoso encarcerar alguém, já que a pessoa pode vir a ser absolvida das acusações, sem, contudo, livrar-se do estigma produzido pelo cárcere.

O CPP é contundente ao conferir caráter subsidiário à prisão preventiva. Ela só é cabível quando as medidas menos gravosas não se mostrarem suficientes. Apenas quando esgotadas todas as circunstâncias motivadoras de liberdade, no momento em que o juiz não veja outra alternativa, senão a segregação do sujeito, é que a prisão preventiva deve ser autorizada.

A prisão preventiva, portanto, por ser uma exceção ao *in dubio pro reo*, pois tira a liberdade do sujeito antes mesmo de uma condenação, apenas é legitimada quando visar a proteção da persecução penal, e quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade⁶³. É muito clara a intenção do legislador em desestimular a aplicação da prisão e estimular a aplicação das cautelares diversas da prisão.

Além das razões jurídicas expostas, a superlotação carcerária é um fator extremamente relevante quando da análise do uso abusivo da prisão preventiva, pois aproximadamente 34% da população carcerária é composta por presos sem condenação.⁶⁴

Tendo em vista que o sistema prisional está superlotado e que considerável parte das vagas é ocupada por presos provisórios, resta urgente concluir novamente que as prisões provisórias necessitam diminuir, mormente porque há mecanismos para tal, em especial após a Lei nº 12.403/2011.

⁶³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 524.

⁶⁴ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

Embora haja algumas tentativas de mudar esse quadro, a inércia do poder público continua. É de grande urgência a adoção de medidas abrangentes de natureza administrativa, normativa e orçamentária, a fim de mitigar o estado de coisas inconstitucional que caracteriza o sistema penitenciário nacional.

Quando se analisa a situação supramencionada, é forçoso chegar à conclusão de que o sistema carcerário já tem problemas demais, de forma que a utilização desmedida da prisão preventiva só agrava um quadro já tão penoso. A aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão é um grande mecanismo para diminuir a superlotação do sistema.

No entanto, o que se vê na prática é que o Poder Judiciário muitas vezes se deixa levar pelo clamor social e da mídia, – quando não pelas suas próprias convicções exacerbadamente punitivistas - que costumeiramente exercem forte pressão no que concerne a crimes com mais notoriedade. Nesta perspectiva, é comum que os operadores do Direito decidam com base na opinião pública, de sorte que o apelo popular e midiático acaba por intimidar os aplicadores da Justiça, que não raro temem por decidir contrariamente ao clamor do público, ainda que as evidências apontem para esta direção.

Ao trazer a problemática do efeito da opinião pública na aplicação de prisões cautelares, há algumas ponderações a serem feitas. Primeiramente, fundamental destacar a equivocada relação que muito se faz entre a eficiência da Justiça Criminal e a aplicação em massa de prisões cautelares, mormente no âmbito de grandes operações policiais de combate ao crime organizado. Ocorre que muitas vezes o alto número de prisões é apenas uma resposta do Judiciário para a indignação da população. Contudo, a eficiência do aparelho repressor estatal não se mede pelo número de prisões que ele efetua. A preocupação maior deve ser na qualidade das investigações e das eventuais condenações, bem como na celeridade com que estas se realizam.

A ânsia por justiça e punição, quando presente nos órgãos de persecução criminal, compromete a qualidade da investigação, do processo e da decisão. Há diversos casos de detentos que não têm direitos observados e deixam de obter possíveis vantagens. Muitos seguem presos quando já deveriam estar em liberdade por já terem cumprido a pena prevista. Além disso, também é comum condenados estarem presos quando seria possível obter livramento condicional, ou quando já poderiam ter migrado de regime.

Os mutirões carcerários realizados pelos CNJ e pelos estados fazem uma varredura nos processos, objetivando saber quais presos já podem ganhar a liberdade ou

migrar de regime. Todavia, é comum haver um grande intervalo de tempo entre os mutirões, motivo pelo qual eles estão longe de resolver o problema.

É necessário que o poder público, através de ações coordenadas, viabilize o cumprimento do que a Lei de Execução Penal determina. Para isso, é fundamental uma atuação mais enérgica do Ministério Público, fiscal da ordem jurídica. Ademais, também é urgente a construção de estabelecimentos prisionais e a reforma nos que já existem. É inaceitável que se perpetue tamanha defasagem no cumprimento das obrigações constitucionais do Estado e a massiva violação de direitos humanos nas prisões Brasil afora. A Administração Pública precisa dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos uma condição de vida minimamente aceitável. A observância, por parte dos estados, das regras do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária exigidas para o sistema prisional necessita ser rigorosamente cobrada.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BOTINI, Pierpaolo, et al. **As Reformas no Processo Penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- CALAMANDREI, Piero. **Introduzione alio studio sistematico deiprovedimenti cautelari**. Pádova: Cedam, 1936.
- CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e Medidas Cautelares Diversas: A individualização da medida cautelar no processo penal**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2017,
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 5ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2002. p. 297. Apud. BRASILEIRO, Renato. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006
- GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. **Direito Penal do Inimigo e os Inimigos do Direito Penal**. Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP-PERÚ. 2ª. Edição.

GRECO, Luis. **Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005

IPEA. A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Rio de Janeiro, 2015.

Disponível em:

http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_r elatorio_aplicacao_penas.pdf . Acesso em: 20 de agosto de 2020.

JAKOBS, **Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung**, in: ZStW 97, 1985.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2013

LOPES JR, AURY e ROSA, Alexandre Morais de. **Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelar> . Acesso em 27 de setembro de 2020.

LOPES, A. M.; FREIRE, C. M. **O Reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 10, n. 35, 2016.

MATOS, Helena. **A crise da prisão preventiva à luz do fenômeno do encarceramento em massa**. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Hiderline Câmara de. **A Falência da Política Carcerária Brasileira**. Universidade Federal do Maranhão, Programa de pós-graduação em políticas públicas, III Jornada Internacional de Políticas Públicas.

PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. **Prisão Preventiva e Liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RUIZ FILHO, Antonio. **Prisão Preventiva e sua Duração Razoável**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/330315/prisao-preventiva-e-sua-duracao-razoavel> . Acesso em: 02 de setembro de 2020.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A Banalização da Prisão Preventiva para a Garantia da Ordem Pública**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. n. 67, pp. 213 – 244. Belo Horizonte, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1990.

VALENTE NETO, JOSÉ. **A Custódia Cautelar no Brasil**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2012.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 10, *apud* VALENTE NETO, JOSÉ. **A Custódia Cautelar no Brasil**.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.