

# PRISÃO PREVENTIVA OU ANTECIPAÇÃO PUNITIVA?

Grant Davis de Souza Lima Junior<sup>1</sup>

Larissa Amaral Esteves<sup>2</sup>

## RESUMO:

A prisão cautelar possui inúmeras nuances que a torna uma medida complexa e, frequentemente, mal utilizada. Isto porque ocorre a inobservância dos critérios que constituem as medidas cautelares em modo geral, juntamente com a abrangência e abertura que a norma cria, gerando uma discricionariedade ampla para o seu decreto. O que desenvolve instabilidade jurídica e, conseqüentemente, o superlotamento do sistema carcerário. Observando que a partir dessa questão cria-se uma espécie de antecipação da pena, pois os indivíduos presos nessa modalidade recebem toda a força da pena privativa de liberdade sem ao menos terem sido julgados. Nesse ínterim, este artigo tem como objetivo a análise do instituto da prisão preventiva incorporado no direito processual penal. E irá estudar as medidas de sua configuração, assim como suas limitações perante o sistema jurídico, com seu caráter antecipatório da pena.

## ABSTRACT:

The provisional arrest has countless characteristics which turns it in a complex measure and, frequently, misused. Just because occurs the non-observance of the criteria that constitutes the provisional measures in general, along with the coverage and gap the rule creates, generating a huge discretion for its act. Which develops legal instability and, consequently, the prison system overcrowding. Noting that from this question is created a kind of punishment anticipation, because the people arrested in this modality receive every penalty harshness without at least have been sentenced. Meanwhile, this article aims the provisinal arrest institute analysis within the criminal procedural Law. And it is going to study its configuration points, as well as its limitations towards the legal system, and the anticipation penalty character.

Palavras-Chave: Prisão Preventiva. Antecipação da pena. Sistema Carcerário.

## Introdução

A prisão preventiva está contida no art. 312 do Código de Processo Penal Brasileiro e segue com o seguinte texto:

---

<sup>1</sup> Acadêmico do 7º período do curso de Direito da Universidade Federal do Pará – UFPA. Membro do Grupo de estudos e pesquisa Direito Penal e Democracia. Membro do Grupo de pesquisa e extensão BEST Amazônia (biodiversidades, sociedade e território na Amazônia). Estagiário da turma recursal permanente dos juizados especiais cíveis e criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

<sup>2</sup> Acadêmica do 6º período do curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Membro do Grupo de estudos e pesquisa Direito Penal e Democracia. Membro do Grupo de Estudo Temático Direitos Humanos Latinos. Coordenadora do projeto Preventório Santa Terezinha – NIEJ/CESUPA. Estagiária da turma recursal permanente dos juizados especiais cíveis e criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Ela configura-se em um tipo de medida cautelar para instituir modos para conter ânimos que possam influir de modo negativo quanto à instrução penal ou a aplicação da lei penal, no que tange a prevenção de atos que a tornariam inócua. Por exemplo, meios que retirem a materialidade do delito ou que dificultem investigações direcionadas que visem concluir a respeito da autoria e nuances do crime.

Pode ser caracterizada no processo de conhecimento e pela garantia de cumprimento da fase de execução, fazendo com que possa assegurar seus efeitos. Ocorre quando o agente, alvo da persecução, se encontra em liberdade. Desse modo, há a restrição de sua liberdade em prol do bom prosseguimento processual, respeitados os requisitos – mesmo que vagos (o que será desenvolvido mais adiante) – da lei de processo penal.

Devem-se seguir, também, os termos do Art. 313 do CPP, podendo a mesma ser aplicada somente em: crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; e 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; e 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.

Desse modo Miguel Fenech define, de forma sucinta, a Prisão preventiva:

(...) ato cautelar pelo qual se produz a limitação da liberdade individual de uma pessoa em virtude de declaração judicial e que tem por objeto o ingresso daquela em estabelecimento de custódia com o objetivo de assegurar os fins do processo e a eventual execução da pena, pois apesar de serem assemelhadas em sua aparência externa, diferenciam-se por sua finalidade. (*apud* Câmara 2011, p.122)

Ada Pellegrini Grinover conceitua o instituto da Prisão Preventiva de modo a observar característica típica do Processo Civil, utilizado imprudentemente (apesar de amplamente utilizado pelo Judiciário brasileiro) no Processo Penal, o que também terá desdobramento posterior:

*A prisão preventiva constitui a mais característica das cautelas penais; a sua imposição deve resultar do reconhecimento, pelo magistrado competente, do fumus boni juris (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria – art.312, parte fina, CPP), bem assim do periculum in mora (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal – art. 312, primeira parte, CPP)” (1997, p.289)*

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci ressalta: “Trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei (...)” (2014, p. 549).

É certo que, apesar da divergência doutrinária, há o consenso no que tange as vias do uso do instituto Penal. De maneira que se delimitam as principais questões relacionadas ao modo de execução do mesmo. Restando então debater a respeito do uso adequado ou não desse método processual. Se sua via de uso majoritária está agindo de acordo com o Direito Processual Penal e Constitucional ou se se concentra apenas em obter uma resposta imediata ao fenômeno delitivo, antes mesmo do procedimento de instrução.

### **1. Prisão preventiva no sistema carcerário brasileiro**

O Código de Processo Penal brasileiro prevê a prisão preventiva, que é uma das espécies de medida cautelar, conforme já exposto. Entretanto, para isso, faz-se necessário a observância dos requisitos do artigo 312 do código de processo penal, quais sejam: garantia da ordem pública e econômica; conveniência da instrução criminal; ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que haja prova da existência de crime e indício suficiente de autoria. Desse modo, para que a prisão preventiva seja utilizada pelo juiz, tanto durante o inquérito policial, quanto na ação penal, se devem preencher os requisitos deste dispositivo.

Os requisitos da prisão preventiva são alternativos e não se cumulam, o que quer dizer que não é necessário a presença de todos eles para a possibilidade de aplicação da prisão provisória, bastando para tanto, a presença de apenas um deles. O rol de conceitos que o artigo 312 do CPP traz, fundamentam o *periculum libertatis*, que de acordo com Aury Lopes Jr (2015, p.637): “é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.”

O primeiro requisito que o artigo supracitado traz é o da garantia da ordem pública, que visa impedir que o réu continue praticando crimes. Observa-se que existe uma elasticidade dantesca nesse conceito, visto que é perigosamente indeterminado. Fazendo uma analogia com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é um conceito vago, e por isso muito abrangente, não se sabe ao certo o que se encaixa dentro desse conceito, abrindo margem para o ativismo judicial exacerbado, frequentemente encontrado nas jurisprudências nacionais. Então, assim como este princípio, o requisito da ordem pública não possui parâmetros exatos para a sua aplicação, sendo um conceito pouco objetivo, que permite diversas interpretações.

É recorrente a utilização do conceito de garantia da ordem pública como sinônimo de clamor público, ou seja, preenche tal prerrogativa um crime que gera uma comoção social, que retira a sociedade do seu aparente “status quo”, perturbando a suposta tranquilidade. Trabalhando esta crítica, Lopes Jr assevera que, para alguns, o fundamento da ordem pública se pautava na credibilidade das instituições, ou seja: “A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor.” (2015, p.637)

Quando se utiliza também do conceito de garantia da ordem pública, buscando “beneficiar” o réu, na argumentação de resguardar sua segurança, para que não haja o linchamento do mesmo, percebe-se sua inconsistência. Lopes Jr prossegue sua crítica: “Prender alguém para assegurar sua segurança revela um paradoxo insuperável e insustentável.” (2015, p.638). Considerando que a prisão não pode ser remédio para manutenção da segurança, fosse esse o caso, se estaria legitimando a utilização arbitrária da privação de liberdade e indo contra preceitos fundamentais.

O requisito de garantia da ordem econômica baseia-se em condutas que possivelmente afetarão a tranquilidade da ordem econômica, que a retirem da aparente inércia

que ela possa estar. Visto que, determinadas condutas podem afetar o regular funcionamento do sistema financeiro brasileiro, ou até mesmo, causar o risco de perdas financeiras de grande monta decorrentes de práticas reiteradas.

Quando se trata do conceito de conveniência da instrução criminal, busca-se tutelar a prova, ou seja, se quer evitar que o acusado possa dificultar, ou até mesmo impedir o regular andamento do processo; destruindo provas ou até mesmo ameaçando testemunhas, por exemplo. Dessa forma, causando risco efetivo a instrução processual.

Porém, o que se constata nesse panorama é a presença de mais um requisito “raso” em sua conceituação, afinal, como se pode definir a “conveniência” neste caso? Ela se encontra a disposição do juiz, a mercê de sua discricionariedade para decidir quando convém à instrução criminal e quando não. Como assevera Lopes Jr, a tutela da prova é vista na prisão preventiva como um instrumento do processo, mas, deve-se atentar para os fundamentos de sua utilização, pois: “não se justifica a prisão do imputado em nome da conveniência da instrução quando o que se pretende é prendê-lo para ser interrogado ou forçá-lo a participar de algum ato probatório.” (2015, p.638). O que também acaba corroborando para que produza provas contra si mesmo, prejudicando a ampla defesa e o contraditório.

Por fim, o fundamento da prisão preventiva, como forma de assegurar a aplicação da lei penal, busca garantir que a pena cominada na sentença penal condenatória tenha possibilidade de ser efetivamente aplicada, ou seja, o que se quer aqui é impedir o risco de fuga, eventuais prejudicialidades probatórias e, essencialmente, o bom prosseguimento do processo. Entretanto, não se podem presumir tais questões, Lopes Jr também tece críticas acerca deste conceito, pois, segundo ele, muitas decisões decretadas são pautadas em ilações – projeções – do juiz, sem que se tenha um vínculo com a realidade fática e probatória (2015, p.639).

Da análise dos fundamentos da prisão preventiva, se conclui que não existe uma exatidão conceitual nos mesmos, sendo utilizados de forma, muitas vezes injustificada. O ativismo judicial se faz presente justamente pelo fato de que os conceitos “rasos” ampliam os supostos argumentos cabíveis para a aplicação da prisão preventiva. Por isso, eles devem ser utilizados com muita cautela, esgotadas todas as demais possibilidades, visto que a prisão preventiva tem como essência servir de *ultima ratio*, ou seja, o último recurso.

Nesse panorama, segue o entendimento de Lopes Jr: “é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida” (2015, p.639)

## **2. Inaplicabilidade do processo civil no processo penal**

O processo civil e o processo penal são “galhos” de uma mesma árvore, e como cada galho possui suas particularidades, o paralelismo e a aplicação automática de fundamentos e regras do processo civil no processo penal geram diversos problemas práticos e teóricos. Já que são ramos diferentes do Direito, devem ser tratados de forma diferenciada para que suas particularidades sejam resguardadas.

Em relação à prisão muitos equívocos são verificados, por isso, dada a complexidade do objeto no processo penal, é necessário a criação de categorias jurídicas próprias a ele, que se adequem na medida correta às suas necessidades, assegurando uma aplicação justa do processo penal, em conformidade com os Direitos Fundamentais.

Tratando-se das medidas cautelares processuais penais, que visam garantir a tutela do processo, devem-se pautar, segundo a doutrina tradicional, em dois pressupostos o “*Fumus Boni Iuris*” e o “*Periculum in mora*”. A “fumaça do bom direito” é necessária na aplicação das cautelares para que existam indícios suficientes de autoria de uma infração penal, que comprove a existência de um crime. O “perigo da demora” trata-se de uma atuação adiantada do poder de punir do Estado, para resguardar o interesse processual e acautelar o meio social, pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Nesta seara, encontra-se na doutrina uma discussão terminológica a respeito dos pressupostos do “*Fumus Boni Iuris*” e do “*Periculum in mora*”. Para alguns autores não seriam cabíveis tais expressões no âmbito processo penal, devendo ser restritas ao âmbito processual civil. Como assevera Luiz Flávio Gomes:

A velha doutrina processual penal, seguindo as clássicas lições de Calamandrei, afirma que toda medida cautelar tem que estar fundada em duas premissas: *fumus*

*boni juris e periculum in mora*. Essa terminologia é adequada ao processo civil. Não corresponde em nada com as finalidades do processo penal (2011, p. 33).

Segundo Lopes Junior, que também discorda da doutrina tradicional, seria imprópria a utilização do “*Periculum in mora*” no âmbito do processo penal, e segue questionando: “Como se pode afirmar que o delito é a fumaça do bom direito? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!” (2011, p.13). Vai mais além, e afirma que: “o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível” (2011, p.14). Então, o autor vai propor a expressão “*fumus comissi delicti*” como mais adequada, visto que apontaria para a probabilidade de “ocorrência de um delito” e não de um Direito.

Lopes Junior vai falar também da expressão “*periculum in mora*”, argumentando que no âmbito processual penal, não vai haver preocupação com a passagem do tempo e o prejuízo para os interesses em questão, tratando-se de uma questão observada somente no campo processual cível. No Processo Penal, o perigo estaria ligado apenas à conduta do imputado com risco de fuga ou prejuízo probatório. Para o autor: “o perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto”(2015, p.590). Então, para ele, seria mais adequada a expressão “*periculum libertatis*”, já que, no processo penal, o risco está relacionado à liberdade do acusado.

### **3. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva**

De acordo com a Lei nº 12.403/2011, que modificou os dispositivos da prisão, medidas cautelares e da liberdade provisória, no Código de Processo Penal, mais especificamente no seu artigo 282, § 6º, “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.”

Dessa forma, vê-se que não se pode utilizar de modo indiscriminado o instituto da prisão preventiva, haja vista ser preciso a correta análise da necessidade em fazer permanecer o indivíduo privado de sua liberdade. É critério taxativo, pois quando se lê atentamente o enunciado percebe-se que não há espaço para que a prisão preventiva seja aplicada como primeira opção cautelar, visto que claramente está em conformidade com a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XV, juntamente com o posterior inciso LIV. São eles,

respectivamente: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”; e “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Este último de suma importância pra discussão da matéria em questão, por ser reiteradamente violado pelas autoridades judiciárias, que utilizam a prisão preventiva como primeira medida, descartando cláusulas pétreas como se nada fossem. E a partir desse contexto, não se pode simplesmente analisar medidas alternativas após o decreto precoce da prisão cautelar, devendo esta ser solução última. Essas medidas cautelares estão contidas no art. 319 do Código de Processo Penal, de modo que algumas delas serão parte do quorum exemplificativo deste estudo.

O comparecimento periódico em juízo, contido no inciso I do artigo trabalhado, estabelece medida peculiar, visto que enseja uma medida de controle da vida do indivíduo. Ocorre que o juiz possui discricionariedade para decidir o período de retorno para sua apresentação perante o judiciário, que pode ser diária, semanal ou mensal. É essencialmente um modo de manter sob o manto do Estado o “status” atual daquele que está sendo alvo de perseguição penal.

A proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares é utilizada quando há a necessidade, julgadas as circunstâncias, que o indivíduo permaneça alheio, afastado, impedido de comparecer em local de costume. Isso ocorre quando há a relação profunda entre a presença dele no local e a possibilidade real da repetição do crime ou cometimento de outras infrações.

A proibição de manter contato com pessoa determinada é utilizada quando há a necessidade de proteção da tutela da prova, ou seja, recai sobre a própria vítima, testemunha ou partícipe do crime. O indivíduo protegido também se torna fiscal da própria efetividade do instituto, visto que pode denunciar a transgressão da medida. Inclusive podendo vir a prisão ser decretada no caso da violação desta.

A proibição de ausentar-se da comarca tem como condão impedir que o indivíduo investigado incorra em fuga, tornando o processo movido contra ele completamente inócuo. Essencialmente é a proteção do objeto da prova, o réu. Sendo ferramenta interessante de controle do investigado.



Apesar de haver questões contraditórias em todas as presentes medidas cautelares (valendo ressaltar que apenas algumas foram selecionadas), pois seu uso inadequado pode causar sérias lesões a direitos constitucionalmente garantidos, são ferramentas que o Direito admite adequadas ao uso durante o processo. Dessa maneira, devem ser utilizados da melhor maneira possível para que não se configurem abusos, do mesmo modo que ocorre com a modalidade cautelar da prisão preventiva.

Estas devem ser utilizadas prioritariamente, em detrimento da prisão preventiva. A prisão cautelar deve ocupar espaço de ultimato, quando não houver mais opções cabíveis e as demais soluções se encontrem ineficazes ao prosseguimento processual. A prisão preventiva deve ter seus requisitos respeitados e ser utilizada como *ultima ratio*. Devendo o judiciário lançar mão das medidas anteriores à mesma e objetos dessa reflexão.

Cada uma dessas medidas cautelares necessita de fundamentação adequada. No caso da prisão preventiva, que é nada mais do que a privação de liberdade, sendo mais grave, é alarmante a necessidade de estar de acordo com o disposto no texto constitucional (não diminuindo a necessidade das demais medidas) em seu art. 93, inciso IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”

A correta análise e respeito aos requisitos para configurar uma prisão cautelar estão presentes no seguinte Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. CABIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. **1. Levando-se em consideração o direito fundamental à liberdade e a presunção de não culpabilidade, para que seja decretada a prisão preventiva, devem estar consubstanciados, concomitantemente, o fumus comissi delicti, o periculum libertatis e a ineficácia das medidas cautelares diversas da prisão.** 2. Não se pode olvidar a gravidade dos delitos em razão dos quais os pacientes foram segregados, contudo a imposição de medidas cautelares alternativas mostra-se adequada. 3. No caso dos autos, apenas os pacientes, dentre cinco denunciados, foram presos cautelarmente. Entretanto, da leitura da inicial acusatória, é fácil constatar que as condutas delitivas foram atribuídas de forma igual a todos os acusados, de forma que não está claro o motivo da diferenciação realizada. **4. O juízo singular noticiou que os pacientes são criminosos habituais, que insistem em perturbar a ordem pública e a paz social.**

Ocorre que tal afirmação foi feita de forma desconectada de qualquer dado concreto. Não houve, contrariamente ao que se exige como lastro de tão séria informação, a indicação de sequer um inquérito policial instaurado, tampouco de ação penal em curso. 5. Também é inválido o fundamento adotado quanto ao requisito da conveniência da instrução criminal. A mera possibilidade de os réus importunarem a vítima e as testemunhas, diante da ausência de elementos concretos, não se afigura idônea, sobretudo porque não foi decretada a prisão de três corréus acusados pelos mesmos fatos e que também poderiam, em tese, incomodá-las. 6. Em direção oposta, tem-se que os paciente são primários, exercem atividades lícitas e regulares e se apresentaram voluntariamente à autoridade policial. 7. Ordem concedida parcialmente, para revogar as prisões cautelares e impor medidas cautelares alternativas. (STJ - HC: 302052 GO 2014/0210443-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 21/10/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/12/2014). (Grifo nosso).

Podendo ser verificado a imprescindibilidade da presença dos requisitos e fundamentos para o decreto da prisão preventiva (que também se vale para demais medidas cautelares, na medida de suas necessidades) na Corte máxima da República Brasileira, versando ainda sobre o princípio da presunção da inocência, coerentemente sob a relatoria do Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello:

HABEAS CORPUS” – DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO E NA SUPOSIÇÃO DE QUE A RÉ PODERIA VOLTAR A DELINQUIR – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR . - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, “hic et nunc”, da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada diverja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL . - **A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, 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 presença de indícios suficientes 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 . - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária (...). O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO 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 ou juridicamente a este equiparado, 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 pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, 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: 115613 SP , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 25/06/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-155 DIVULG 12-08-2014 PUBLIC 13-08-2014).(Grifo nosso).

Pode-se afirmar, nessas vias, que as medidas cautelares ocupam um espaço significativo dentro dos artifícios processuais penais para a manutenção do devido processo legal, porém que podem sofrer desvirtuações quando se trata do correto enquadramento dos mesmos, devendo ser cauteloso o magistrado diante de cada caso concreto, para se utilizar das medidas de maneira razoável e proporcional, atentando a cada requisito na imposição das cautelares dispostas.

#### **4. A prisão preventiva e o Princípio da Presunção de inocência**

O artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, prevê o princípio da presunção de inocência, que é uma garantia processual dada ao acusado de uma infração penal, oferecendo a ele como prerrogativa, a impossibilidade de ser considerado culpado por uma ato delituoso, até que transite em julgado a sentença penal condenatória. Em tese, este princípio evitaria a aplicação equivocada das punições penais, garantindo ao acusado um julgamento que resguarde a dignidade da pessoa humana.

Observa-se que a mesma carta constitucional de 1988 que legitimou o princípio supracitado, legislou acerca das medidas cautelares, dentre elas a prisão preventiva, que se fundamenta na cautelaridade e na pena. O argumento mais utilizado quando se trata da prisão preventiva é o clamor social, exigindo-se que o acusado – que ainda não foi julgado – seja punido imediatamente. Foi justamente diante deste cenário que o processo penal nasceu, para proteger contra a maioria da sociedade, aqueles cidadãos individuais, que mesmo tendo sido acusados, não podem ser considerados culpados, sem que uma decisão penal condenatória transitada em julgado legitime tal acusado como culpado pela prática do delito penal.

É o que asseverou Martins, citando Betiol:

A presunção de inocência nasceu como idéia-força a influir no psiquismo geral, no sentido de fixar a imagem de um processo que não estivesse a serviço da tirania, mas que, ao contrário, desse ao acusado as garantias da plena defesa. Estabelecendo que o absolvido por falta de prova era presumido inocente, a regra atingia sua finalidade prática, como idéia-força, sem subverter a lógica. Pois uma coisa é não se declarar que não se considera culpado quem não foi condenado, como fizeram os escritores Medievais, e outra, bem diferente, é afirmar que o réu se presume inocente até que seja condenado. (MARTINS. 1981, pgs. 26/27)

Como bem entende Aury Lopes Jr, a presunção de inocência vai impor um “dever de tratamento” ao acusado, para que tenha seus Direitos Fundamentais resguardados, mas, em contrapartida, essa prerrogativa deve coexistir com o sistema cautelar. Neste panorama, NICOLITT (2011, p.69), assevera:

Como reiteradamente afirmamos a prisão só é compatível com o princípio da presunção de inocência quando tem por objetivo a preservação do processo, pois o contrário transforma-se em antecipação da pena. O que tutela, ou deveria tutelar, a ordem pública (prevenção geral ou específica) é a pena. Usar a prisão processual para garantir a ordem pública é antecipar os efeitos da pena, o que é inconstitucional. O mesmo se pode dizer em relação à ordem econômica, pois toda prisão cujo objetivo transcenda a ordem processual padece de inconstitucionalidade.

A ordem constitucional, revestida pelo princípio da presunção da inocência, como forma de garantir a aplicação dos direitos humanos se confronta com o fundamento para além do próprio processo dada a prisão. A aplicação das medidas cautelares, que se pauta na garantia da ordem pública ou da ordem econômica, deveria servir de controle para a prevenção do processo em si. Como assevera Nicolliti (2011, p. 69):

Quando a prisão cautelar é dirigida a evitar a prática de infrações penais, ou tutelar a ordem pública, o clamor público, a ordem econômica, assegurar a credibilidade da justiça, o que se busca na verdade, diversamente da tutela do processo, é o controle social, a prevenção, geral ou específica, que é o objetivo da pena e não das medidas cautelares.

Em um país como o Brasil, que passa por um enorme aumento das taxas de criminalidade, observa-se que a prisão, “suaviza” vários problemas que geram instabilidade social. Então, o que se percebe é uma mobilização social pela aplicação da lei, que passa a ser vista como garantia dos direitos. A prisão passou a ser utilizada como *primeira ratio*, houve o endurecimento das políticas penais e processuais penais, primando-se pela suposta defesa social em detrimento das políticas de reinserção social.

Não é de hoje a controvérsia que trata da constitucionalidade e necessidade das prisões provisórias em face do Princípio do Estado de Inocência, mesmo que em sede doutrinária ou jurisprudencial. Trata-se da difícil tarefa de ponderação dos valores constitucionais; deve-se legitimar a atuação do estado sopesando as mínimas garantias constitucionais do réu.

A prisão preventiva, que é uma medida cautelar de caráter pessoal, busca a garantia constitucional de liberdade do indivíduo antes da formação do título penal, ou seja, da sentença condenatória transitada em julgado. Nesse contexto, para a aplicação da prisão preventiva, se faz necessário a presença de traços de excepcional idade e provisoriedade. Então, partindo do pressuposto constitucional inerente ao Princípio do Estado de Inocência, nenhuma medida cautelar, restritiva ao *jus libertatis* do indivíduo, deve ser tomada senão em

âmbito excepcional e quando devidamente evidenciados os justificados fundamentos para tal ordem.

A eficácia da prisão preventiva é provisória, cessando seu efeito quando advém a decisão do processo principal ou qualquer outro motivo que venha a torná-la desnecessária, ou seja, a permanência injustificada desta cautelar a transformar em uma forma de antecipação do cumprimento da pena condenatória, gerando um ofensivo constrangimento ilegal dos direitos do acusado.

## 5. Quadro penitenciário endêmico do Estado do Pará e a importância da atual Audiência de Custódia

No Estado do Pará, analisando o senso de presos custodiados pela SUSIPE, pode-se verificar que o percentual do número de presos provisórios é de 43,16% do total da população carcerária. Sendo o total do número de presos alcançando 13.093, tem-se que 5.652 deles estão engessados por vias provisórias. De acordo com as estatísticas cedidas na INFOPEN, disponibilizados pela SUSIPE (Superintendência do Sistema Penal do Estado):



Observar os números contidos neste gráfico traz questionamentos imediatos, sem precisar realizar uma análise detalhada e profunda a respeito do significado efetivo de seu teor. Posto que, como demonstrado, é natural que se use medidas provisórias, especificamente a cautelar prisional, sem possuir elementos objetivos e precisos no decreto do

enclausuramento. Pelo contrário, é comum a utilização de requisitos demasiadamente abertos e com discricionariedade preocupante.

A liberdade que o Magistrado possui para determinar, mediante justificativas frequentemente não plausíveis ou não autojustificantes, a prisão preventiva, subverte a função cautelar em antecipatória da pena. Visto que em sua maioria não se atenta para o uso indiscriminado do instituto e pior, considera que os argumentos estreitos constituídos em torno da garantia da ordem pública e da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal tenham validade. Considerando critérios “objetivos” como antecedentes criminais ou gravidade do delito para embasar a manutenção do indivíduo nas amarras do sistema carcerário.

O Brasil é o quarto país com maior contingente populacional carcerário no mundo. Possui estimados 600 mil presos, sendo 41% deles na modalidade preventiva, em vias de serem julgados – em prazo indeterminado. Dados que causaram mobilização para a discussão e correta utilização da audiência de custódia que não vinha sendo aplicada sistematicamente pelo poder Judiciário.

O Projeto “Audiência de Custódia”, aprovado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Ricardo Lewandowski (em respeito aos tratados internacionais assinados e ratificados pelo Brasil), possui como condão que dentro do prazo limite de 24h o preso deve ser encaminhado ao magistrado para ser ouvido. A Partir daí verifica-se as medidas necessárias a serem tomadas referentes ao caso concreto. Tem funcionalidade inestimável para o esvaziamento do super lotamento desnecessário composto por presos preventivos e sem julgamento.

Além de a estimativa econômica ser de aproximadamente R\$ 4,3 bilhões de gastos poupados, no período de um ano, de acordo com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ, contata-se que a média de soltura nas audiências de custódia é de 50% dos casos.

Ou seja, atesta-se a desnecessidade do abarrotamento do sistema carcerário, juntamente com a ineficácia e prejudicialidade da manutenção de presos provisórios aguardando julgamento, que, em não raras as situações, tem capacidade de responder o processo em liberdade e não sufocar as penitenciárias.

Sendo importante mencionar também o fato de que a audiência de custódia é de suma importância para resguardar os direitos dos criminosos, na medida em que permanecem indefinidamente à espera de seu julgamento, mesmo tendo a possibilidade de estar em liberdade. Ocorrendo, inclusive, a mistura entre criminosos realmente perigosos e criminosos que cometeram crimes de menor potencial ofensivo, gerando um vínculo que multiplica a criminalidade e perpetua a vida desse indivíduo no crime.

Utilizar os institutos penais com a função a que se destinam nada mais é do que corroborar para que a justiça seja mais justa e que não seja um instrumento de pré-julgamento. É fazer com que aquele que cometeu um ilícito penal esteja submetido à pena na proporção de seus atos, ao invés de sentirem as correntes do cárcere antes mesmo de julgados. O que vem sendo e tem de ser ferrenhamente combatido, como no exemplo a respeito da audiência de custódia, tendo em vista os dados e estatísticas alarmantes na utilização indiscriminada das prisões cautelares como meio primeiro.

### **Considerações Finais:**

Analisando o instituto da prisão preventiva, suas modalidades de decreto e aplicabilidade nos tribunais, além da doutrina que circunda os estudos da mesma, se chega a uma indagação, qual seria sua eficácia de fato dentro do ordenamento jurídico e, essencialmente, na realidade fática?

Quando se faz um estudo detalhado a respeito das variáveis que permeiam e a gravidade da má utilização da prisão provisória, percebe-se que não só a lei processual permanece insustentável, no quesito de se auto-justificar, quanto os próprios aplicadores não encontram meios de criar argumentações consistentes em relação à sua aplicabilidade.

Não raramente, como já exposto, encontra-se bases para o decreto meramente por convicção. E as bases em que se fundam em previsões, o exame das características “objetivas” da vida pregressa do indivíduo, ou seus antecedentes criminais. Podendo até mesmo se pautar na gravidade do crime, como meio de definição.

Quando se fala de “*fumus comissi delicti*” e “*periculum libertatis*”, se refere a modos, requisitos da utilização do instituto penal. Entretanto, elas não são devidamente empregadas, por não haver a precisão ideal contida em suas letras. E isso permite com que o juiz adquira discricionariedade sem limites, incorrendo em excessos ao determinar a cautelar prisional.



Configurando um motivo para o aumento em larga escala da população carcerária, superlotando presídios e mantendo muitos em situações deploráveis, assim como, em eterna espera pelo julgamento.

A estigmatização e a prisão precoce, que se confere a um preso preventivo, criam um sistema de julgamento prévio. O indivíduo cometedor do delito que, aparentemente, faz jus ao decreto da prisão cautelar, sofre todos os aspectos da pena antes mesmo de sua sentença ser proferida. E não raramente recebem penas correspondentes a seus atos em razão de já se encontrarem em situação “previamente analisada”. Pois, se está em sede de prisão cautelar, é porque existem elementos indicadores do potencial nocivo do indivíduo, correto?

Não é o que parece, fica claro que, mesmo com o posicionamento consolidado, inclusive da própria utilização de termos do direito processual civil no processo penal, são difusas e incongruentes as motivações que tornam as prisões cautelares possíveis. E geram instabilidade e desconfiança no Poder Judiciário, assim como a clarividente sobrecarga nos presídios nacionais.

Chegando-se a concluir que a observação dos requisitos “fumus commissi delicti” e “periculum libertatis” é fundamental para que se considere a cautelar (qualquer que seja). Assim como uma análise cuidadosa dos elementos que constituíram o delito, como se pretende fazer com a instituição da audiência de custódia. Mas não se limitando ao retro-referido, buscando a reformulação do pensamento prisional. Para que não continuem a tornar a prisão um meio necessário e de utilização compulsória na resolução dos litígios, como acabam por tornar.

### **Referências bibliográficas**

CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2 Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Dica de Leitura. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/hc8j>>. Acesso em 12 de Outubro de 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 6 .ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio, MARQUES, Ivan Luís. (coord.). **Prisão e Medidas cautelares**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2011. Ainda no mesmo sentido, também se referindo à doutrina de Lopes Júnior ver: CÂMARA, Luiz Antonio. Op. Cit., p. 117

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

LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13 – 14.

MARTINS, Weber. **Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Forense, 1981

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo penal e execução penal**. 11 Ed. Ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

**SUPERINTENDÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO DO**

**PARÁ**. SUSIPE em números. Dica de Leitura. Disponível em:

<<http://www.susipe.pa.gov.br/content/susipe-em-n%C3%BAmeros?q=node/906>>. Acesso em 12 de Outubro de 2015.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Série Criminologias: discursos para a academia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.