



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

DIOGO CARAYANNIS CARDEAL

**PRISÕES PROVISÓRIAS NO BRASIL: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOB A MIRA
DA JUSTIÇA.**

BRASÍLIA

2018

DIOGO CARAYANNIS CARDEAL

**PRISÕES PROVISÓRIAS NO BRASIL: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOB A MIRA
DA JUSTIÇA.**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Universidade de Brasília – UnB

Orientadora: Professora Dra. Beatriz Vargas

Brasília

2018

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Diogo Carayannis Cardeal

PRISÕES PROVISÓRIAS NO BRASIL: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOB A MIRA DA JUSTIÇA.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data de defesa: 19/06/2018

O candidato foi considerado _____ pela banca examinadora.

BANCA EXAMINADORA

Beatriz Vargas (Orientadora)

Ademar Borges de Sousa Filho (Examinador)

Ísis Dantas Menezes Zornoff Táboas (Examinadora)

Gisela Aguiar Wanderley (suplente)

*Sólo le pido a Dios
Que el dolor no me sea indiferente
Que la reseca muerte no me encuentre
Vacía y sola sin haber hecho lo suficiente*

*Sólo le pido a Dios
Que lo injusto no me sea indiferente
Que no me abofeteen la otra mejilla
Después que una garra me arañó esta suerte*

*Sólo le pido a Dios
Que la guerra no me sea indiferente
Es un monstruo grande y pisa fuerte
Toda la pobre inocencia de la gente
Es un monstruo grande y pisa fuerte
Toda la pobre inocencia de la gente*

*Sólo le pido a Dios
Que el engaño no me sea indiferente
Si un traidor puede más que unos cuantos
Que esos cuantos no lo olviden fácilmente*

*Sólo le pido a Dios
Que el futuro no me sea indiferente
Desahuciado está el que tiene que marchar
A vivir una cultura diferente*

*Sólo le pido a Dios
Que la guerra no me sea indiferente
Es un monstruo grande y pisa fuerte
Toda la pobre inocencia de la gente
Es un monstruo grande y pisa fuerte
Toda la pobre inocencia de la gente*

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, meu grande orgulho e exemplo, cujo maior sonho sempre foi “educar os filhos”; à minha mãe, irmãs e toda minha família, obrigado pela paciência. Foram anos de reinvenção, e às vezes nos esquecemos de quem somos;

À Univer(C)idade de Darcy, cujo grande sonho sempre foi deseducar educando;

À Universidade rígida, burocrática e decepcionante, que a cada impossibilidade me indignou rumo à superação;

Às 49 raças, por me ajudarem a lembrar quem sou;

Ao povo de Aruanda, por não me deixar caminhar só;

Ao Movimento Estudantil, ao Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília, à Federação Nacional de Estudantes de Direito, à União Nacional dos Estudantes de Honestino Guimarães. Só a luta muda a vida!

A Honestino e todas às Honestinas. Sem ceder nossos sonhos!;

Às professoras e professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, desde os mais monótonos aos que plantam em nós estudantes as sementes do pensamento crítico: sem o contraponto da diversidade, nós não aprenderíamos a caminhar;

Aos meus afetos, gratidão pelos ensinamentos pelo amor; especialmente à Mariana: gratidão pela compreensão, carinho e apoio, gatinha.

Aos meus desafetos, gratidão pelos ensinamentos pela dor. Os guardo no coração;

À minha orientadora, Dra. Beatriz Vargas, por aceitar mais uma ovelha desgarrada;

Ao meu coordenador de graduação, Dr. Henrique de Araújo Costa, gratidão pelas oportunidades de continuar;

À minha grande amiga Gizelia Barros, pelas verdades quase sempre doloridas, mas jamais desnecessárias; sem você a graduação teria sido mais difícil; Nayane, Nay, gatz, gratidão pelos braços, portas e coração abertos... me tardei um pouco por aqui, mas continuo ao seu lado; Vito, você será sempre um vencedor!

Às trabalhadoras e trabalhadores da Universidade de Brasília, em especial aos jardineiros, aos quais devo grandes lembranças.

RESUMO

O presente estudo dedica-se à compreensão das medidas cautelares penais sob um viés crítico, no qual se aborda as concepções doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos elementos formadores do instituto cautelar penal. Para isso, é feita uma abordagem, tanto histórica quanto conceitual da prisão cautelar, cotejando a análise com a prisão-pena e suas funções. O enfoque do estudo, porém, são as medidas cautelares restritivas de liberdade, em especial a prisão preventiva, defendendo a tese de que grande parte dessas medidas não goza de efeito cautelar propriamente dito, e sim de antecipação da pena. Dessa forma, este trabalho aborda temas correlatos às violações dos princípios da presunção de inocência, ampla defesa e devido processo legal, perpassando pela análise dos efeitos da Lei n. 12.403/2011, que reformou o sistema cautelar; pela polêmica envolvendo a execução provisória da pena após condenação em sentença recorrível (tanto em primeira como em segunda instância); e pela degeneração dos elementos que fundamentam as medidas cautelares em si. Por fim, é feita breve análise da repercussão social desta degeneração, denunciando a cultura de hiperencarceramento perpetuada pelos Poder Público à revelia do marco civilizatório da presunção de inocência.

Palavras chave: ampla defesa, medidas cautelares penais, antecipação da pena, APF 347, cautelaridade, devido processo legal, execução provisória da pena, fundamentação, hiperencarceramento, Lei n. 12.403/2011, medidas cautelares diversas da prisão, presunção de inocência, prisão cautelar, prisão preventiva, prisão temporária, STF.

ABSTRACT

The present study aims to understanding the precautionary measures under a critical bias, in which the doctrinal and jurisprudential conceptions are approached about the formative elements of the penal prudential institute. For this, an approach, both historical and conceptual, of the precautionary prison is done, comparing the analysis with the pen-prison and it's functions. The focus of the study, however, is the precautionary measures restricting freedom, especially pre-trial detention, defending the thesis that most of these measures do not have a precautionary effect per se, but rather an anticipation of the penalty. Therefore, this work addresses issues related to violations of the principles of presumption of innocence, ample defense and due process of law, passing through the analysis of the effects of Law number 12,403 / 2011, which reformed the precautionary system; by the controversy involving the provisional execution of the sentence after conviction in a judgment that can be challenged (both first and second instance); and by the degeneration of the elements that underlie the precautionary measures themselves. Finally, a brief analysis of the social repercussion of this degeneration is made, denouncing the culture of hyper-coercion perpetuated by the Public Power in the absence of the civilizing framework of the presumption of innocence.

Keywords: presumption of innocence, due process of law, ample defense, precautionary means of penalties, grounding, Law number 12403/2011, APF 347, STF, hyperencarcerament, pre-trial detention, temporary arrest, precautionary prison, anticipation of sentence, provisional execution of sentence, precautionary measures, several precautionary measures of the prison.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade;
ADI	Ação Direita e Inconstitucionalidade;
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental;
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos;
CF	Constituição Federal;
CNJ	Conselho Nacional de Justiça;
CP	Código Penal;
CPP	Código de Processo Penal;
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias;
MNPCT	Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura;
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil;
OEA	Organização dos Estados Americanos;
ONU	Organização das Nações Unidas;
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos;
STF	Supremo Tribunal Federal;
STJ	Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	6
RESUMO.....	7
LISTA DE ABREVIATURAS.....	9
INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I - APRESENTAÇÃO CONCEITUAL E HISTÓRICA.....	13
1.1. Desvio social e sanção penal.	13
1.2. Prisão cautelar e prisão-pena.....	14
1.2.1 Teorias da pena.....	17
CAPÍTULO II - DEGENERAÇÃO DOS INSTITUTOS CAUTELARES.....	19
2.1. Fumus Commissi Delicti e Periculum Libertatis.....	19
2.2. Princípios norteadores das prisões cautelares	20
2.2.1. Presunção de inocência	21
2.2.2. Jurisdicionalidade e Motivação	23
2.2.2.1. ADPF 347 e o Princípio da Motivação	26
2.2.3. Contraditório.....	30
2.2.4. Provisionalidade	32
2.2.5. Provisoriedade	33
2.2.6. Excepcionalidade	34
2.2.7. Proporcionalidade.....	35
2.3. Alterações legislativas e jurisprudenciais relevantes.....	38
2.3.1. Excepcionalidade da prisão cautelar.....	39
2.3.2. Prisão temporária em substituição à prisão para averiguação	39
2.3.3. Prisão decorrente de decisão de pronúncia.....	40
2.3.4. Reincidência e antecedentes criminais como fundamentação das prisões cautelares.	41
2.3.5. Prisão por sentença condenatória recorrível: o retorno do fantasma da antecipação da pena.	43
CAPÍTULO III - PRISÕES CAUTELARES EM ESPÉCIE: A APLICABILIDADE DEGENERADA DAS PRISÕES PROVISÓRIAS	53
3.1. Prisão em flagrante	53
3.2. Prisão temporária	55
3.3. Prisão preventiva	59

3.3.1. Elementos gerais:.....	59
3.3.2. Requisito de aplicabilidade: o <i>fumus commissi delicti</i> na prisão preventiva.....	60
3.3.3. Fundamentação: o <i>periculum libertatis</i> na prisão preventiva.....	61
3.3.4. Hipóteses de cabimento.....	72
3.3.5. Repercussão social.....	77
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	82

INTRODUÇÃO

As medidas cautelares penais, em especial as prisões provisórias, constituem verdadeiro drama na sociedade brasileira: se por um lado a espetacularização do processo penal clama por justiça, por outro a população carcerária cresce vertiginosamente. No centro deste aparente dilema estão as medidas cautelares penais restritivas de liberdade, responsáveis por cerca dos 40,25% dos mais de 720 mil encarcerados no Brasil.

O drama do hiperencarceramento provisório é palco das mais bárbaras violações de garantias civilizatórias. Apesar de ser um reconhecido problema aos olhos do Poder Público e da sociedade civil como um todo, o problema parece não ter fim: as políticas públicas que tentam frear a crescente crise no sistema carcerário esbarram em velhas e vergonhosas tradições inquisitórias.

A presunção de inocência, a ampla defesa e o devido processo legal são constantes objetos de disputas semântica, doutrinária, jurisprudencial e moral; ou seja, são objetos de disputas políticas, onde a sociedade brasileira tem se visto refém de mecanismos de consolidação institucional de controle social e racial por meio da política criminal.

Como não poderia deixar de ser, neste cabo-de-guerra a corda tem arrebitado para o lado de quem sempre foi amordaçado na sociedade brasileira: os filhos das classes subalternas, levado a cabo especialmente pela hipertrofia do Poder Judiciário, alimentado pela espetacularização do processo penal e interesses políticos escusos que em nada se relacionam com os interesses da coisa pública e marcos civilizatórios como a presunção de inocência e o devido processo legal.

Este trabalho busca identificar e debater distorções dos elementos, conceitos e aplicabilidades das medidas cautelares penais, com ênfase nas restritivas de liberdade. Para tal, faremos um breve apanhado histórico e definiremos alguns conceitos-chave, para então descortinar os ranços inquisitórios encrustados nos institutos cautelares.

CAPÍTULO I

APRESENTAÇÃO CONCEITUAL E HISTÓRICA

1.1. Desvio social e sanção penal.

O desvio está presente em quaisquer organizações sociais. Estas organizações, pela própria natureza ordenadora que as balizam, regulamentam comportamentos e prescrevem penas às condutas desviantes, sejam estes desvios puníveis por meio de mera pressão social ou a partir de dor e sofrimento imposta aos indivíduos transgressores.

Todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las. Regras sócias definem situações como “cercas” e proibindo outras como “erradas”. Quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu poder ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um *outsider*.¹

Os *outsiders* – aqueles que desviam das regras de um grupo – a quem Becker se refere são os transgressores de regras ditas ou não ditas, positivadas pelo Direito ou não, porém que compõe o complexo arcabouço moral que é fonte da produção de normas sociais e, entre elas, as normas penais. Quando o desviante comente ofensa às leis penais, este é identificado como a mais não quista espécie de *outsider*: o criminoso².

Ao criminoso, são cominadas penas das mais variados tipos. A função da pena, porém, deste a antiguidade até os dias atuais, tem características muito particulares. Atualmente, o direito brasileiro adota como pena a restrição de liberdade, restrição de direitos e multa; além da pena de morte em caso de situações específicas que envolvem guerra declarada.

¹ BECKER, Howard S.. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 15.

² Há distinção entre crime e contravenção na legislação penal brasileira; sendo ambos puníveis com restrição de liberdade, porém aquele com maior rigor carcerário no cumprimento de penas de detenção ou reclusão, ao passo que a contravenção admite apenas prisão simples. As condutas classificadas como crime ou contravenção enquadram-se, porém, no conceito sociológico de condutas desviantes.

1.2. Prisão cautelar e prisão-pena.

A prisão cautelar, tema central deste estudo, antecede a própria prisão-pena. Desde a Idade Antiga até os dias atuais, a prisão era medida majoritariamente destinada a assegurar a aplicação da pena em si. A pena, por sua vez, por ser de aplicação sumária, não conhecia a restrição de liberdade como uma de suas modalidades:

Grécia e Roma, pois, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo. **Pode-se afirmar que de modo algum podemos admitir nessa fase da História sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena**, já que praticamente o catálogo de sanções esgotava-se com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que eles cumprissem as suas obrigações.³ (Grifos nossos)

Além do já mencionado caráter de custódia do imputado, a prisão exercia função de vestíbulo de expiação da culpa, a ser remida no ato de execução da pena:

Por isso, a prisão era uma espécie de “antessala” de suplícios, pois se usava a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade. A prisão foi sempre uma situação de grande perigo, um incremento ao desamparo e, na verdade, uma antecipação da extinção física do indivíduo.⁴

Ademais, tinha como finalidade que o delinquente fosse objeto da investigação criminal, perspectiva esta que, na Idade Média, ganha maior força, vez que a antessala da execução da pena servia como próprio método de se alcançar a verdade real dos fatos. Havia (e ainda há) a ideia de que o na alma do herege se esconde o pecado, bastando o suplício para que esta verdade venha à tona.

A prisão continua tendo caráter de custódia. É no medievo, porém, que o mundo ocidental europeu viu surgir as prisões de Estado e as prisões Eclesiásticas: aquelas, destinadas aos inimigos do poder; ao passo que estas destinavam-se aos clérigos faltosos. É nas prisões Eclesiásticas que está o gérmen do caráter de correção da pena de prisão:

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1263.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1260.

A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, **redenção** e fraternidade da Igreja, dando ao **internamento um sentido de penitência** e meditação. Recolhiam os infratores em uma ala dos mosteiros para que, por meio de penitência e oração, se arrependessem do mal causado e obtivessem a correção ou emenda.⁵

Isto porque a prisão monacal (de mosteiros) assenta-se no caráter de expurgo do pecado por meio da reclusão meditativa, autoflagelo físico, jejum, entre outros ritos mágicos da mitologia cristã. Dessa forma, a restrição de liberdade aplicada ao indivíduo delinquente não se destinava à mera custódia, instrumento da investigação criminal ou, no caso das prisões de Estado – a exemplo da célebre Bastilha de Paris – neutralização de adversários políticos; e sim se assenta na remissão do pecado por meio da reclusão (e seus instrumentos acessórios típicos das prisões de mosteiros).

Na Idade Moderna, que tem seu nascimento da crise do sistema feudal e o conseqüente êxodo rural em direção aos grandes centros urbanos, foi gestado o embrião do que entendemos hoje como prisão-pena. A Europa vivenciou grande criminalidade urbana produzida pelo clássico binômico [pobreza e ausência de um ainda não existente Estado de bem-estar social]:

As guerras religiosas tinham arrancado à França uma boa parte de suas riquezas. No ano de 1556 os pobres formavam quase a quarta parte da população. **Estas vítimas da escassez subsistiam das esmolas, do roubo e assassinatos.** O parlamento tratou de **enviá-los às províncias.** No ano 1525 foram **ameaçados com o patíbulo**, em 1532 foram **obrigados a trabalhar nos encanamentos** para esgotos, acorrentados de dois a dois, em 1554 foram **expulsos da cidade** pela primeira vez, em 1561 **condenados às galés** e em 1606 decidiu-se, finalmente, que os mendigos de Paris seriam **açoitados em praça pública**, marcados nas costas, teriam a cabeça raspada e logo **expulsos da cidade.**⁶ (Grifos nossos).

As descartáveis páreas sociais da Europa do início da idade moderna vagavam de cidade em cidade, e eram muitos para que fossem todos submetidos à força. (BITENCOURT, 2012). Vê-se, portanto, desde os primórdios da política criminal moderna, a falha da prevenção geral; já que nem execuções em massa enquanto política pública surtiram efeito no controle da criminalidade.

⁵ Ibidem, p. 1265.

⁶ De Groote, *La locura a través de los siglos*, Barcelona, 1970, p. 101, em BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, cit., p. 1268.

Foi na construção das *Instituições de Correção*, em complemento ao açoite, desterro e execuções (principais penas à época), que o clero e a burguesia inglesa encontraram o remédio para o problema da criminalidade.

A pedido de alguns integrantes do clero inglês, que se encontravam muito preocupados pelas proporções que havia alcançado a mendicância em Londres, o rei lhes autorizou a utilização do castelo de *Bridwell*, para que nele se recolhessem os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos menores.⁷

A *Bridwell*, sob a forma de instituição penal, marca o início de uma ainda hoje presente tradição ideológica penitenciária clássica, na qual a forte disciplina e o trabalho árduo reformariam o delinquente. Sem dúvidas, no conceito da *Bridwell* há forte influência das tradições penais eclesásticas originárias na idade média, onde há relação intrínseca entre o delito e o próprio conceito de pecado cristão: isso porque a mitologia abraâmica encontra no cerne do mito do pecado original o trabalho e o sofrimento como pena em função do descumprimento das leis de Deus; tal relação pode ser bem observada no livro de contos A Bíblia:

19. No suor do teu rosto comerás o teu pão, até que te tornes à terra; porque dela fostes tomado: porquanto és pó, e em pó te tornarás.

20. O Senhor Deus, pois, o lançou fora do jardim do Éden para lavrar a terra de que fora tomado.⁸

O modelo da *Bridwell* inglesa, que também pretendia surtir efeito de prevenção geral, logo se espalhou pela Europa em modelos similares na forma das *houses of correction* (casa de correção) ou *bridwells*. Essas Instituições de correção tiveram seu auge na segunda metade do século XVII.

No ano de 1697 surge a primeira *workhouse* (casa de trabalho), em Bristol, na Inglaterra, seguidas por outras duas em 1707 em Worcester e Dublin. Se a motivação inicial das instituições penitenciárias modernas foi a necessidade de se arrebanhar os delinquentes errantes que colocavam em risco as elites urbanas no início do séc. XVI, encontra-se na utilização da mão de obra análoga à escrava do detento uma forte motivação para encarceramento sistêmico destinado à pequena delinquência.

⁷ Cuello Calón, *La moderna penología*, cit., p. 303. *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1270

⁸ A BÍBLIA. Tentação de Eva e a queda do homem. Barueri: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969, p. 4.

O desenvolvimento e o auge das casas de trabalho terminam por estabelecer uma prova evidente sobre as íntimas relações que existem, ao menos em suas origens, entre a prisão e a utilização da mão de obra do recluso, bem como a conexão com as suas condições de oferta e procura.⁹

Os delitos mais gravosos continuavam a serem apenados com medidas diversas da prisão-pena, tais como o desterro, açoites, penas pecuniárias, penas capitais etc. Mas a estrutura geral da prisão-pena ficou configurada com o surgimento das referidas casas de correção e de trabalho.

No seu advento, portanto, a prisão exercia a função de (i) instrumento de obtenção da verdade (por meio da tortura) e de (ii) cautelaridade do procedimento de justiciamento, na medida em que assegurava a futura aplicação da pena. Dessa concepção de prisão é que nasce a moderna prisão cautelar (ou ainda processual ou pré-processual).

1.2.1 Teorias da pena

Com a formulação penitenciarista clássica, no séc. XVIII, é feita a conceituação da prisão-pena. Como pontua ANITUA:

A estrita discussão sobre o castigo no século XVIII se daria no plano filosófico, no político e sobretudo no jurídico. A linguagem do direito significava, para essa época, encontrar a fronteira legítima para o poder de castigar¹⁰

São formuladas diversas teorias da pena, cujas concepções ainda hoje permanecem nos institutos. Segundo essas teorias, a pena teria as seguintes razões de ser:

- a) **Função retributiva:** guarda grande semelhança com o castigo divino. É estabelecido juízo de merecimento, onde o pecado deve ser expiado pela dor. *O castigo se justifica, segundo Kant, devido ao fato de que um indivíduo “merece” ser castigado, e merece sê-lo se é culpado de ter causado um delito.* (ANITUA, 2008);
- b) **Função preventiva:** no qual a pena teria a capacidade de prevenir a ocorrência do delito. Trata-se de perspectiva utilitária da pena, na qual – através do medo ou da ressocialização – o Estado tenta estabelecer

⁹ Cezar Roberto Bitencourt, *Falência da pena de prisão*, cit., p. 25. *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1271.

¹⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. Histórias dos pensamentos criminológicos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 191.

determinada profilaxia criminal. A teoria preventiva se aplica tanto aos indivíduos que não delinquiram, chamada de **teoria preventiva geral**; como aos indivíduos que já delinquiram, chamada de **teoria preventiva especial**.

A prevenção especial possui dois *modus operandi*: a negativa, que se propõe a impedir que os que delinquiram voltem a delinquir por meio da intimidação, ou ainda da privação de liberdade dos “incuráveis” ou intimidáveis (**prevenção especial negativa**¹¹); e a positiva, de caráter reforçador, visando a ressocialização do delinquente através de sua correção (**prevenção especial positiva**).

A prisão cautelar, como vimos, segue se estruturando pelo caráter de tutela do processo persecutório, de forma a assegurar a pretensão punitiva do Estado, o *jus puniendi*. Ao passo que a prisão-pena exerce funções retributiva, preventiva e ressocializadora

Como veremos a seguir, apesar de haver, a partir dessa tradição, distinção entre prisão enquanto pena e prisão enquanto cautela do processo, os institutos cautelares brasileiros (seja na sua formulação normativa, seja na sua aplicabilidade) distorcem os elementos que fundamentam tais tipos de prisão, degenerando os institutos de forma a aplicar apenamento na forma de prisão-cautelar, atropelando as garantias do devido processo legal, presunção de inocência e ampla defesa.

¹¹ Segundo Zaffaroni: A prevenção geral negativa, tomada em sua versão pura, pretende obter com a pena a dissuasão dos que não delinquiram, e podem sentir-se tentados a fazê-lo. Com esse discurso, a criminalização assumiria uma função utilitária, livre de toda consideração ética e, por conseguinte, uma medida deveria ser a necessária para intimidar aqueles que possam sentir a tentação de cometer delitos, embora tenha a doutrina imposto limites mais ou menos arbitrário a tal medida. Parte-se aqui de uma concepção mecânico-racional do humano, como um entre que em qualquer circunstância realizaria a comparação custo-benefício. Na base dessa antropologia está uma lógica de mercado, que chegou a formular-se expressamente, com a aplicação do modelo econômico ao estudo do delito, pressupondo no infrator um sujeito racional que maximiza o benefício esperado de sua conduta por sobre o custo. ZAFFARONI, E Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro** vl. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 117.

CAPÍTULO II DEGENERAÇÃO DOS INSTITUTOS CAUTELARES

2.1. *Fumus Commissi Delicti e Periculum Libertatis*

As medidas cautelares penais – incluindo as prisões cautelares – são instrumentais, no sentido de que são meios para se alcançar determinada finalidade, sendo esta a de garantir o normal desenvolvimento dos procedimentos processuais; ou seja, se destinam à tutela do processo.

Cabe aqui ressaltar que tais medidas se tratam, dentro do paradigma processual acusatório, de tutela do processo e não do imputado ou da sociedade, vez que as medidas cautelares devem ser aplicadas com a única finalidade de garantir a aplicação do *jus puniendi* – a pretensão punitiva do Estado. Nesse sentido, destinam-se, exclusivamente, à tutela do processo persecutório penal.

Para que ocorra a prisão cautelar – assim como na execução de qualquer ato normativo – são necessário requisitos e motivação. O *fumus commissi delicti* é o requisito de aplicabilidade de medidas cautelares penais; ou seja, é necessário haver “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (art. 312, CPP¹²) para que a medida restritiva (de direitos ou de liberdade) possa a vir a ser direcionada ao suposto autor do delito. Já *periculum libertatis* diz respeito à motivação, fundamento pelo qual se justifica a medida cautelar mais adequada em função da periculosidade – ao processo – que a conduta do imputado pode ocasionar.

O *periculum libertatis*, por se tratar de motivação – e não requisito da prisão cautelar – está no centro do debate acerca da cautelaridade ou não das prisões cautelares fundamentadas em teorias preventivas da pena. Ou seja, se a prisão cautelar é destinada a outro fim que não à tutela da marcha processual – como o da garantia das ordens econômica e pública, esta última, por sua vez, fundamentada (não raro) na periculosidade do agente em relação à sociedade, que precisa ser tutelada de eventuais crimes que o imputado possa a vir a cometer –, não estaríamos diante de uma prisão processual, e sim de uma prisão que vise à defesa social, o castigo pelo suposto crime, ou qualquer outra função da pena, e não a cautelaridade do processo.

¹² Art. 312. 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.

Tal perspectiva doutrinária da prisão cautelar com fundamento (*periculum libertatis*) na garantia da ordem pública, frequentemente não demonstra pudores em admitir o caráter preventivo da prisão “cautelar”, quando, na realidade, a prisão-pena é que tem esse elemento entre suas finalidades:

a) garantia da ordem pública: não se tem um conceito exato do significado da expressão ordem pública, o que tem levado a oscilações doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu real significado. **Em nosso entendimento, a decretação da preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal.** A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, **se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária**, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória.¹³. (Grifos nossos).

Ora, se é possível admitir que a prisão cautelar exerce função preventiva, é lógico assumir que se trata, na realidade, não de tutela do processo, e sim tutela da sociedade, o que configuraria o caráter de apenamento da medida.

Assim, nesse tipo de confusão, alude-se que as medidas cautelares acautelariam a sociedade razão da periculosidade social do imputado; quando o correto seria dizer que as medidas cautelares se destinam à tutela do processo em razão da periculosidade processual do imputado.

2.2. Princípios norteadores das prisões cautelares

Notadamente, pelo caráter estruturante da Carta Magna, os princípios processuais penais incidentes sob o instituto (das prisões cautelares) são desdobramentos de garantias individuais presentes na própria Constituição Federal; isso porque sendo qualquer privação de liberdade a mais grave das medidas de nosso ordenamento em tempos de paz – apesar de que não raro o cárcere servir de

¹³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R.. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. Salvador: Jus Podvm, 2016, p. 1253.

abatedouro¹⁴ – natural que a principiologia do instituto vise frear o poder punitivo do Estado por meio de direitos de primeira geração, como os do art. 5º da CF.

O estudo da principiologia do sistema cautelar é de fundamental importância para a compreensão de sua instrumentalização enquanto verdadeira máquina-de-moer-vidas da Política de Encarceramento em Massa vigente no Brasil, ao passo que tal instrumentalização encontra, na não observância de tais princípios, grande parte de seus distúrbios. Vejamos:

2.2.1. Presunção de inocência

A presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF¹⁵), princípio reitor do processo penal¹⁶, constitui verdadeiro marco civilizatório pelo qual os ordenamentos contemporâneos buscam abandonar o sistema penal inquisitorial do medievo e passam a aderir ao sistema acusatório, calcado sob ideais iluministas. Consiste, dentro do processo penal, em predileção de valor na qual elege-se a certeza da liberdade de todos os inocentes em detrimento do risco de um eventual culpado restar impune. Nesse sentido, ensina Ferrajoli:

Esse princípio fundamental de civilidade **representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado**. “Basta ao corpo social que os culpados sejam *geralmente* punidos”, escreveu Lauzé di Peret, “pois é seu maior interesse que todos os inocentes *sem exceção* sejam protegidos”. É sobre essa opção que Mostesquieu fundou o nexo entre *liberdade e segurança* dos cidadãos: “a liberdade política consiste na segurança, ou ao menos na convicção que se tem da própria segurança”, e “essa segurança nunca é posta em perigo maior do que nas acusações públicas e privadas”. De modo que, **“quando a inocência dos cidadãos não é garantida, tampouco o é a liberdade”**. Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias – que a

¹⁴ “Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento. Sofrem com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha.” (ADPF 347. Inteiro teor do acórdão pedido cautelar. Voto Min. Rel. Marco Aurélio, p. 24)

¹⁵ Art. 5º. (...)

(...)

LVII - LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹⁶ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 597.

presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de *segurança* ou, se quisermos, de *defesa social*: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo. **Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também as de involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incite nos cidadãos.** Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.¹⁷. (Grifos nossos).

Já no campo das prisões cautelares, a coexistência entre privação de liberdade sem sentença penal condenatória transitada em julgado e o princípio da presunção de inocência exala óbvia incoerência, vez que uma das essências da prisão cautelar é a privação de liberdade sem condenação. Eis, portanto, o esforço doutrinário em se distinguir prisão cautelar de prisão-pena, sendo esta se objetivando às prevenções geral e especial, além do caráter retributivo-punitivo e ressocializador; ao passo que aquela serviria de tutela do processo persecutório.

De fato, a prisão processual, fundamentada no *periculum libertatis* da periculosidade do imputado a partir de ações que este tomou contra o regular andamento do processo não é dotada de caráter apenatório. Já quando o fundamento diz respeito ao crime supostamente cometido ou às próprias características subjetivas do imputado, estamos falando não só em presunção de culpabilidade como também em antecipação da pena.

Ou seja, se busca em impedir que aquele que supostamente delinuiu – o acusado – venha a delinquir caso esteja em liberdade no curso da investigação. Neste caso, a caráter instrumental da prisão cautelar deixa de existir. Está formado o circo de horrores da prisão-pena fundada na presunção de culpabilidade.

A perversão mais grade do instituto, legitimada infelizmente por Carrara e antes de tudo por Pagano foi a sua **mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à “estrida necessidade” instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social**, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes. É claro que um argumento

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002., p. 441.

como esse, fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitiva, **equivale de fato a uma presunção de culpabilidade; que, além disso, serve para privá-la daquele único argumento representado pelo sofisma segundo o qual ela seria uma medida “processual”, “cautelar” ou até mesmo “não penal”, ao invés de uma ilegítima pena sem juízo.**¹⁸. (Grifos nossos).

2.2.2. Jurisdicionalidade e Motivação

Por jurisdicionalidade se entende que o Estado estabelecerá parâmetros legais e procedimentais a fim de que possam os particulares serem privados de seus direitos ou bens. Logo, guarda íntima relação com o *due process of law*, estando consagrado no art. 5º LIV¹⁹ da Constituição Federal.

O *due process of law*, terminologia provinda do direito inglês, significa que, para um cidadão sofrer o alcance de uma norma, seja em processo judicial seja em processo administrativo, torna-se necessário que o parâmetro da legalidade seja obedecido.

O devido processo legal ampara o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF). Ele se divide no devido processo legal material e no devido processo legal procedimental. Na primeira fase, ele não visava questionar a substância de qualquer ato infraconstitucional, mas assegurar o direito a um processo previamente regulamentado.²⁰

Eis, portanto, a necessidade de ordem judicial para se decretar qualquer prisão cautelar. A prisão em flagrante, dada sua pré-cautelaridade – ou seja, mera detenção – não requer decisão judicial, podendo qualquer um do povo realiza-la, porém o controle jurisdicional deste ato será (ou deveria ser) posto imediatamente sob o julgo da autoridade judiciária. Em função da jurisdicionalidade não é possível que alguém seja preso (e não detido) por ordem de alguém ou algo que não um juiz ou tribunal, seja este alguém Delegado de Polícia (autoridade policial), promotor etc. Neste sentido, o art. 283 do CPP:

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002., p. 444.

¹⁹ Art. 5º (...)

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

²⁰ AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 259.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.²¹

Já a motivação, enquanto princípio, está consagrada no art. 93, IX da CF²² e no art. 315 do CPP²³. Norteia a necessidade de fundamentação em qualquer decisão judicial. As prisões cautelares seguem a mesma lógica, mesmo que a fundamentação da decisão, no caso da prisão em flagrante, seja imediatamente ulterior ao ato – devendo o juiz relaxar a prisão ilegal ou homologá-la e, na sequência, conceder a liberdade provisória ou decretar a prisão preventiva.

A motivação guarda íntima relação com o *periculum libertatis*, que, como vimos, se trata de fundamento das medidas cautelares e não outro requisito além do *fumus commissi delicti*. Nessa esteira, para além da problemática da decretação de prisão cautelar com fundamento na periculosidade do imputado frente à algo ou alguém que não o normal desenvolvimento processual, há outra questão extremamente sensível tocante à motivação das prisões cautelares: a recorrente ausência de fundamentação expressa quanto à impossibilidade de aplicar medidas cautelares alternativas quando decretação de prisões cautelares (em especial a prisão preventiva), quando esta deveria ser de caráter excepcional.

Com o advento da lei 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal, reformando o sistema cautelar penal brasileiro, foram instituídas medidas cautelares diversas da prisão, tornando a restrição de liberdade em sede processual medida excepcional, residual em função da inaplicabilidade ou descumprimento de demais medidas cautelares. Tal alteração legislativa, porém, que veio tentar frear o crescente encarceramento processual brasileiro, não obteve sucesso enquanto política criminal:

Entretanto, os estudos de monitoramento da implementação da política pública instituída pela lei demonstram que seus objetivos não têm sido alcançados. Com efeito, o estudo *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*, realizado

²¹ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941.

²² Art. 93, IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. BRASIL, Constituição Federal de 1988.

²³ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941.

pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apurou, em 2014, a existência de mais de 230 mil presos provisórios no sistema carcerário, o que representa a porcentagem de 41% do total de 563.526 presos no Brasil[9]. Houve, portanto, um aumento do número absoluto de presos provisórios no Brasil, bem como da sua proporção em relação ao total de encarcerados no sistema, em comparação ao ano de 2009. No período de 2009 a 2014, houve um incremento de mais de 80 mil presos provisórios no sistema, o que elevou em quase 10% o percentual de presos provisórios em relação ao total da população carcerária. Em dezembro de 2016, segundo dados divulgados pelo CNMP, a proporção de presos provisórios permanece inalterada em cerca de 40% do total da população carcerária[10]. Ainda que se cogitasse a hipótese de que a elevação do número de presos provisórios teria ocorrido em razão do crescimento da população carcerária como um todo, o fato é que a proporção de presos provisórios cresceu consideravelmente no período, a despeito da entrada em vigor, no ano de 2011, da Lei 12.403[11].²⁴

Ou seja, em que pese os críticos do que comumente é chamado de “ativismo judicial” tanto abominarem decisões que visem tutelar liberdades individuais a partir de um viés interpretativo garantista da lei penal, apontando (de forma acertada) a necessidade de certos paradigmas serem inseridos no Ordenamento por via legislativa e não jurisprudencial; quando do advento da Lei n. 12.403/2011, que buscou dar fim ao galopante estado de coisas inconstitucional que é a realidade prisional cautelar brasileira, sua ineficiência enquanto política criminal se deu não pela deficiência do marco legal em si, que tornou a prisão preventiva medida excepcional, mas sim pela ausência de vontade política do conjunto dos magistrados criminais que - seja por ódio de classe, falta de empatia ou mera ignorância - continuam a estocar, como gado, corpos negros em calabouços. É nesses porões que o pouco de cidadania que o Estado um dia entregara às suas páreas, o cárcere trata de retirar.

²⁴ BORGES, Ademar. Uma proposta de redução do encarceramento preventivo – Um passo para a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário. JOTA, 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/uma-proposta-de-reducao-encarceramento-preventivo-19012017>, acesso em 18 de maio de 2018.

2.2.2.1. ADPF 347 e o Princípio da Motivação

Em maio de 2015, o PSOL - Partido Socialismo e Liberdade, em conjunto com Clínica de Direitos Humanos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), ajuizou a ADPF 347, a fim de que a suprema corte reconhecesse o *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro e, diante deste cenário, adotasse “uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria das condições carcerárias do país e à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia”²⁵, entre elas, dar eficácia à referida novidade legislativa, de modo que os magistrados justifiquem expressamente a não aplicabilidade de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), e não apenas apontem o *periculum libertatis* que fundamenta a decretação da prisão cautelar.

Apesar de lograr êxito em pontos extremamente relevantes como o (i) reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, (ii) o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional para a finalidade a qual foi criado e a (iii) determinação – fruto de seu poder hierárquico – de que sejam realizadas as tão urgentes audiências de custódia (em conformidade aos tratados internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil é signatário), o ministros da suprema corte não deferiram o pedido no qual se requer que os juízes e tribunais fiquem obrigados a fundamentar expressamente os motivos pelos quais não é possível aplicar medidas cautelares diversas da prisão no caso de manutenção ou decretação da prisão provisória.

O ministro relator, Marco Aurélio, assim como demais outros três ministros, restaram vencidos nesse tema, reconhecendo a não eficácia da novidade legislativa (Lei n. 12.403) quanto à matéria. Pontuaram a ofensa ao princípio da presunção de inocência e o sintomático quadro de encarceramento em massa levado, em grande parte, a cabo pelo instituto da prisão preventiva. Vejamos:

O requerente pede seja determinado a juízes e tribunais, em casos de formalização ou manutenção de prisão provisória, que lancem a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Consubstancia reivindicação antiga para modificação do artigo 310 do aludido Código. **Como se sabe, a prisão provisória, que deveria ser excepcional,**

²⁵ Petição Inicial da ADPF 347. Disponível em <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

virou a regra, ficando os indivíduos meses ou anos detidos, provisoriamente, sem exame adequado das razões da prisão. Banaliza-se o instituto, olvida-se o princípio constitucional da não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII) e contribui-se para o problema da superlotação carcerária. Tenho como adequado o pedido.²⁶ (Grifos nossos).

Cabe, aqui, pontuar que é pacífico na Corte que a Lei n. 12.403, conferindo nova redação aos artigos 282, 310, 319 do CPP, e cotejada com a inteligência de demais dispositivos legais, estabelece obrigatoriedade de fundamentação quanto à não aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; ora, se o ordenamento tem como regra (i) a excepcionalidade da medida restritiva de liberdade em sede cautelar e (ii) a necessidade de fundamentação de toda e qualquer ato da Administração (seja ele administrativo ou jurisdicional), é evidente – se não pelas razões já aludidas ou pela simples interpretação textual – que tal fundamentação se faz necessária.

Ocorre, porém, que não raro o STF tem dificuldades em exercer suas prerrogativas hierárquicas em relação ao Poder Judiciário. No caso do voto do Min. Barroso, é aludido que uma determinação do STF seria desnecessária, já que o pedido já é contemplado pela legislação; na sequência, é feita mea-culpa quanto à jurisprudência defensiva²⁷, bem caracterizada ao passo que o ministro concordou com as premissas do relator, porém temeu as consequências processuais que tal determinação (em prol da legalidade) pudesse causar ao Tribunal em volume de reclamações:

A primeira medida cautelar, Presidente, requerida, a da letra "a", é a que pede ao Tribunal que cautelarmente imponha o dever de os juízes e Tribunais motivarem por que não aplicaram as medidas cautelares alternativas à prisão.

Eu estou de pleno acordo com esse pedido, mas ele já decorre

²⁶ STF – ADPF: 347/DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 03/09/2015 (MARCO AURÉLIO)

²⁷ No emblemático voto do HC 94.408, o Min. Eros Grau faz breve ensaio didático quanto à jurisprudência defensiva: (...) 6. A antecipação da execução penal, ademais é incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais (leia-se STJ e STF) serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. (HC 94.408, Rel Min. EROS GRAU, 2ª Turma, j. 10/2/2009, DJe-059, DIVULG 26/3/2009, PUBLIC 27/3/2009, EMENT VOL-02356-03, PP-00571, RT v.98, n. 855, 2009, p. 493-501n RF v. 105, n. 401, 2009, p. 572-582).

necessariamente da legislação. É o que decorre, a meu ver, do art. 93, IX, da Constituição, do art. 315 do Código de Processo Penal e do art. 282, § 6º, também do Código de Processo Penal. Desse modo, o pedido cautelar me motiva a explicitar e reiterar que os juízes tem esse dever de motivação. **Mas não me anima a conceder uma medida cautelar para determinar aos juízes que cumpram a Constituição e as Leis, sob pena - aqui não é propriamente uma jurisprudência defensiva, mas é um argumento lógico - de caber eventualmente reclamação de toda e qualquer decisão que aplique pena de prisão, pelo fundamento de que a motivação não foi satisfatória.** Acho que esse é um risco que o Tribunal não precisa correr, porque já decorre da Lei esta necessidade de motivação. Não acho, porém, irrelevante que o pedido tenha sido feito para dar oportunidade ao Tribunal de reiterar a existência desse dever, mas penso que o Tribunal não precisa dar uma cautelar em ação abstrata para determinar que os juízes cumpram a Constituição e a Lei. Portanto, sem prejuízo de reavaliar a matéria ao final dos debates, ou quando julgarmos o mérito, eu não estou deferindo o pedido cautelar da letra "a". (Grifos nossos).²⁸

Percebe-se que 41% de presos provisórios dentro de um total de mais de 600 mil encarcerados não é o bastante para causar maior temor ao Min. Barroso a que um grande volume de reclamações junto ao STF, sendo este último “um risco que o Tribunal não pode correr”.

Já o voto do min. Teori Zavascki, posicionamento este que se repetira entre os vencedores na questão, faz referência à ineficácia da medida em si, apontando para a possibilidade de impetrar recurso contra decisão imotivada, o que seria mais útil que uma reclamação ante ao STF em função do descumprimento de tal determinação (de que as decisões acerca de prisões preventivas sejam corretamente motivadas):

Aliás, a liminar numa circunstância dessa, além de não contribuir em nada no plano da efetividade, encontraria também o empecilho da subsidiariedade, **uma vez que a eventual decisão imotivada comporta recurso e, talvez, com uma eficiência e uma imediatidade muito maior do que uma reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.** Por outro lado, não penso que o caos carcerário decorra propriamente da falta de motivação das decisões judiciais. Penso que não há essa relação entre o estado de coisas inconstitucional e essa espécie de deficiência nas decisões judiciais. De modo que, por essas razões - **primeiro, porque se trata de medidas que já compõem o sistema**

²⁸ STF – ADPF: 347/DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 03/09/2015 (LUIS ROBERTO BARROSO)

normativo; segundo, porque se trata de uma medida que tem mecanismos próprios de correção, que são os recursos ordinários -, eu indeferiria as determinações das letras "a", "c", "d", "e" e "f".²⁹. (Grifos nossos).

Nada impede, porém, que o SFT sumule tal entendimento, no uso de suas prerrogativas hierárquicas, de forma a dar maior materialidade aos recursos, que passariam a gozar de tutela jurídica muito mais robusta, uma vez que amparados por súmula vinculante. Este processo de esvaziamento de competência da suprema corte, por meio de jurisprudência defensiva, enquanto tribunal recursal para exclusivamente tornar-se um tribunal constitucional, fazendo uso de jurisprudências defensivas, se mostra uma tendência; sobretudo quando da recente movimentação quanto à restrição do foro por prerrogativa de função, que segue a mesma lógica de esvaziamento de competência.

Apesar do equívoco quanto ao “*periculum in mora* para toda a coletividade” (como já demonstramos neste trabalho) ao qual se refere o Min. Luiz Fux, seu voto é feliz em pontuar o *error in procedendo* que estariam incorrendo os magistrados cujas as decisões careçam de motivação expressa quanto à impossibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão – este *error*, em função de vício de legalidade dado o descumprimento de determinação da Suprema Corte:

Então, observe Vossa Excelência: se nós, em uma ação de preceito fundamental, determinarmos que os juízes motivem, que apliquem penas alternativas, que cumpram o Pacto de São José da Costa Rica, fazendo a apresentação dos presos, e, se eles não fizerem, estarão cometendo um vício de ilegalidade da decisão. O *erro é in procedendo*. Como se corrige o *error in procedendo*? Não é com a reclamação. Corrige-se o erro através do recurso. Então, o que fará o Tribunal? Cassará aquela decisão do juiz para poder determinar a ele que profira uma decisão fundamentada ainda que, utilizando seu poder geral de cautela, possa manter o preso encarcerado em razão do *periculum in mora* para toda a coletividade (...)³⁰

Conclui-se, portanto, que o óbice à concessão do pedido cautelar não se deu por impossibilidade procedimental ou ausência de convencimento por parte dos

²⁹ STF – ADPF: 347/DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 03/09/2015 (TEORI ZAVASCKI)

³⁰ STF – ADPF: 347/DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 03/09/2015 (Min. Luiz Fux)

ministros, que pacificamente concordam com o status de ilegalidade frente à ausência de motivação expressa quanto ao tema; seja no caso do Min. Edson Fachin, que decidiu por avaliar a questão na ocasião do julgamento do mérito; do Min. Roberto Barroso, que teme as consequências processuais em reclamações junto ao Supremo; ou da Min. Rosa Weber e demais votantes contrários que simplesmente aludem não ter eficácia o deferimento do pedido, o Supremo Tribunal Federal se mostrou acovardado – neste tema – frente ao dantesco cenário penitenciário nacional.

2.2.3. Contraditório

O princípio do contraditório está consagrado na Carta Magna em seu art. 5º, LV³¹; ou seja, se trata de garantia constitucional e princípio processual. Colorário do princípio da isonomia e do processo legal, o contraditório, possibilita que todas as partes do processo estejam em pé de igualdade a fim de se atingir a verdade real.

Contraditório é a possibilidade de se produzir uma assertiva contrária àquela que foi realizada pela acusação, ou seja, nenhuma decisão judicial pode ser prolatada antes que sejam ouvidas ambas as partes no processo. Trata-se da concretização da dialética hegeliana. **É a prerrogativa que tem a defesa de impugnar as alegações proferidas pela acusação.** Do contraditório se possibilita a ampla defesa, que consiste no exaurimento dos meios necessários à proteção judicial, com todos os recursos a ela inerentes.

O contraditório tem como requisito a participação das partes na formação das lides processuais, assegurando sua eficiência apenas se for possibilitada aos componentes da relação atuação na inteireza dos procedimentos. **Se o cidadão não tem a oportunidade de defesa está se estiolando o princípio da isonomia porque houve oportunidade para a acusação, impedindo que todos sejam iguais perante a lei** e, igualmente, obstaculariza-se a concretização da verdade real.³² (Grifos nossos).

Em que pese as medidas cautelares penais possam ocorrer ainda em fase pré-processual, e o contraditório ser comumente tido como um princípio processual, não há

³¹ Art. 5º (...)

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

³² AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 261.

que se falar em não incidência dessa normativa³³ quando da decretação das tutelas cautelares no curso do inquérito policial, que é de natureza administrativa. Isso porque a necessidade do contraditório decorre da jurisdicionalidade; ou seja, da faculdade de contradizer e resistir às pretensões alheias contra direito próprio, sendo essas pretensões mediadas pelo Estado-Juiz.

Logo, nada mais natural que, do ato de prisão em flagrante, ou da decretação da prisão preventiva – de imediato – o imputado seja ouvido pelo juiz, onde se efetivaria o contraditório pelas vias da oralidade. Esse procedimento de interrogatório, comumente chamando de “audiência de custódia” evitaria toda uma sorte de prisões cautelares desnecessárias e ou injustas.

A audiência de custódia compõe o ordenamento brasileiro ao passo que está prevista no art. 8º da CADH (cujo Brasil é signatário), determinando que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente (...).

Tal medida é a materialização de um importante instrumento de efetivação do contraditório, porém, nos casos onde o contraditório prévio à aplicação da medida cautelar não representasse risco à eficácia da tutela em si (como no risco de fuga), nada impediria que, ao ser provocado pela decretação da medida cautelar, o juiz intimasse o imputado para que, em pé de igualdade com o Estado (se é que isso é possível em algum cenário), este pudesse instruir de forma apropriada sua defesa antes de efetuada a prisão. É temerário que o imputado, ao ter sua liberdade cerceada em possa manifestar-se apenas após o sequestro capitaneado pelo Estado.

A Lei n. 12.403, a conferir nova redação ao art. 282 do CPP³⁴, não estabeleceu uma sistemática de contraditório mediante audiência, o que seria ideal, porém confere à “parte contrária” direito de contraditório por escrito.

A ADPF 347 julgou cautelarmente, entre outras demandas, a obrigatoriedade de realização de audiências de custódia em todo o território nacional, o que representa grande avanço quanto à efetivação de tal garantia fundamental:

³³ Os direitos e garantias individuais, assim como os princípios fundamentais não gozam apenas de *status* programático, como também tem caráter normativo.

³⁴ Art. 282. (...)

(...)

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (BRASIL. Código de Processo Penal)

Por maioria e nos termos do voto do Relator, deferir a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.³⁵

2.2.4. Provisionalidade

A provisionalidade é a correlação situacional entre a medida cautelar e as fumaças (*periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*) que ensejam tal tutela. Ou seja, uma vez que haja novidade quanto ao suporte fático legitimador da medida, há de se haver, também, alteração quanto a tutela cautelar do processo.

É, portanto, que se faz necessária a soltura do acusado quando não mais subsistirem tais pressupostos e fundamentações (necessidades apontadas pelo *periculum libertatis*).

Guarda íntima relação com o caráter instrumental das medidas cautelares. A provisionalidade é consagrada no art. 282, § 4º e 5º do CPP:

Art. 282. (...)

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, **de ofício** ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.³⁶

Cabe apontar que o instituto peca ao prever a atuação de ofício do juiz quanto à substituição, imposição, cumulação e – pasmem – a decretação de prisão preventiva quando do descumprimento das obrigações impostas. Independente da fase da persecução penal, não pode o juiz agir de ofício, em ofensa ao princípio da inércia da jurisdição, incorrendo em práticas inquisitórias não compatíveis com o moderno

³⁵ ADPF 347. Inteiro Teor do Acórdão, p. 4.

³⁶ BRASIL. Código de Processo Penal de 1941.

sistema acusatório constitucional. A mesma crítica se aplica ao caso da conversão *ex officio* da prisão em flagrante em preventiva e da decretação de prisão no curso do processo, ambas sem provocação do titular da ação penal.

2.2.5. Provisoriedade

Sob o risco de assumir caráter de antecipação de pena, as medidas cautelares devem ter curta duração, seja pela duração razoável do processo ou – principalmente – seja porque a tutela deve ocorrer em função de determinada situação fática.

Dentre as medidas cautelares restritivas de liberdade, apenas a prisão temporária tem prazo máximo definido em lei³⁷: até 30 dias, a depender da gravidade do delito, prorrogáveis por igual período. Já no caso da prisão preventiva – senhora das prisões provisórias, não há prazo fixado em lei, sendo o instituto aplicável enquanto subsistir a situação que enseja a medida, ou seja, o *periculum libertatis*.

Da deficiência normativa em não fixar-se prazo para a prisão preventiva, somada à morosidade da máquina pública (em ofensa à garantia fundamental de razoável duração do processo³⁸) é que se fundamenta o sustentáculo legal para as prisões provisórias que mais tem caráter de antecipação de pena que a suposta cautelaridade.

A Lei n. 12.403, ao reformar o sistema cautelar penal, objetivando a diminuição do crescente encarceramento provisório, apesar de avançar sobremaneira com a instituição de medidas cautelares diversas da prisão e o tímido contraditório representado pelo art. 282, §4, perdeu a oportunidade histórica de limitar a duração da prisão preventiva.

O PL 4208/2001, que viria a dar origem à referida lei, chegou a conter uma proposta de limitação do tempo de duração da prisão preventiva, qual seja:

Art. 315-A. A prisão preventiva terá duração máxima de **180 (cento e oitenta)** dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora.

§1º O prazo previsto no caput será contado do efetivo cumprimento da prisão.

³⁸ Art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal.

§2º Se, após o início da execução da medida, o custodiado fugir, a contagem do prazo será interrompida e, após a recaptura, será contado em dobro no respectivo grau de jurisdição.³⁹ (Grifos nossos).

Sob justificativa de que “não se justifica a adoção do critério temporal para a manutenção ou não da prisão preventiva, mas sim a verificação dos critérios previstos no art. 312”⁴⁰, ignorando a realidade fática da prática judiciária brasileira, a Câmara dos Deputados falhou em sua responsabilidade histórica de corrigir o problema.

2.2.6. Excepcionalidade

Consagrada no §6º do art. 282 do CPP e art. 310, II do mesmo diploma, a regra de excepcionalidade estabelece a prisão como *ultima ratio* das medidas cautelares:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada **quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar** (art. 319).

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

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, **e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;**⁴¹. (Grifos nossos).

Ou seja, o legislador, levando em consideração o caráter instrumental das medidas cautelares, procurou adequá-las aos mais diversos desafios que o imputado possa apresentar à marcha processual, reservando a restrição de liberdade – medida mais gravosa – apenas para os casos previstos no art. 312, caput (hipóteses de cabimento para prisão preventiva), de forma residual. Quando houver a possibilidade

³⁹ Projeto de Lei Nº 4.208, de 2001. Voto relator em apreciação ao substitutivo do Senado Federal, p. 29 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6B1000EEC146B03A8E814E3A8F96B9EB.proposicoesWebExterno2?codteor=676860&filename=Tramitacao-PL+4208/2001> Acesso em 24 de maio de 2018.

⁴⁰ Idem, ibidem, p. 29.

⁴¹ BRASIL. Código de Processo Penal de 1941.

de se alcançar a tutela do processo por meio de medidas menos gravosas, como a monitoração eletrônica.

Nesse sentido, a excepcionalidade decorre de força de Lei, sendo mandatória. Ao juiz cabe fundamentar expressamente as razões de não aplicabilidade de medidas cautelares diversas da prisão quando da decretação da prisão preventiva. Foi visando a concretude da aplicabilidade desse princípio que requereu-se, por meio da ADPF 347, que o STF imponha aos juízes e tribunais, em casos de formalização ou manutenção de prisão provisória, o lançamento da motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade; pedido esse que, infelizmente, foi negado em sede cautelar e ainda aguarda análise de mérito.

2.2.7. Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade pode ser entendido como aptidão/adequação, necessidade e concretização, como ensina Walber Agra:

O sentido de aptidão consiste na adequação entre o fim determinado e os meios escolhidos para a sua realização. O sentido da necessidade significa que o meio escolhido deve ser o de menor custo, aquele que menor mal possa proporcionar à sociedade. E o último sentido é o da concretização da proporcionalidade, em que o meio deve ser idôneo a realizar o fim determinado.⁴²

A proporcionalidade é princípio balizador do sistema cautelar penal, dado que a subsunção da realidade fática à norma requer esforço interpretativo onde devem ser sopesadas as opções de tutela em função dos diferentes perigos sob os quais essas tutelas visam agir, considerando, inclusive, os custos sociais de tal medida.

A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se quaisquer das medidas previstas no art. 319 do CPP se apresentar igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como *ultima ratio* do sistema. A adequação vem ainda prevista expressamente n art. 282, II, do CPP.⁴³

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

⁴² AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 98.

⁴³ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 614.

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.⁴⁴

A adequação, subprincípio da proporcionalidade, se trata, portanto, de uma regra de julgamento para o juiz, que deve, dentro das opções possíveis, aplicar a medida (cautelar) que melhor se adequa à realidade fática (gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do imputado), a fim de se alcançar determinado fim (tutela do processo). Guarda parentesco com o Direito Administrativo em relação aos atos discricionários; e nessa esteira, é importante notar que em ambas as disciplinas, a não observância da melhor adequação faz incorrer o ato em ilegalidade, pois como já referimos, são princípios não apenas programáticos como também normativos.

Necessidade, por sua vez, significa dizer que o custo social – nesse caso, a garantia da liberdade do imputado, sob a égide da presunção de inocência – deve sofrer a menor ofensa possível. Ou seja; “preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja”⁴⁵.

Outra acepção do princípio da proporcionalidade aplicado às medidas cautelares penais é o dever imposto ao juiz de adequar a medida à eventual sanção cominada ao suposto crime. Justamente por isso que o §1º do art. 283 do CPP prevê que “As medidas cautelares previstas nesse Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativamente ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”, já no caso específico das prisões cautelares, sua aplicabilidade, seguindo a mesma lógica e por inteligência do art. 313, I do CPP, ocorre apenas “ nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos”. A crítica vai no sentido de que, em muitos casos⁴⁶ a sentença definitiva não chega a cominar pena privativa de liberdade, e quando esse é o caso, o regime inicial é aberto:

⁴⁴ Código de Processo Penal de 1941

⁴⁵ ZOUZA DE OLIVEIRA, op. cit., p. 321. *Apud* LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 615.

⁴⁶ “Mais preocupante ainda era o fato de que parte considerável dos presos provisórios, ao final do processo, recebia penas alternativas ou sanções corporais menos graves que a medida de prisão preventiva (cuja execução se dá com encarceramento total equivalente ao cumprimento de pena em regime fechado) cumprida ao longo do processo. Na pesquisa realizada em conjunto pelo o Ministério da Justiça e pelo IPEA, verificou-se que, em 65,2% dos processos selecionados com trânsito em julgado em 2011, os investigados já estavam presos quando da instauração do inquérito policial e que 59,2% haviam sido presos em flagrante. Por outro lado, dos réus que cumpriram prisão provisória, 37% sequer foram condenados à pena de prisão: 17,35% foram absolvidos e 9,4% foram condenados ao cumprimento de penas alternativas; em 3,6% dos casos, operou-se a prescrição e, em igual proporção, a denúncia foi arquivada. Com efeito, a quantidade de presos provisórios que, ao final do processo, não receberam

Ocorre que, a partir de uma interpretação literal desse dispositivo, entende-se ser suficiente, para eventual decretação de prisão cautelar, se tratar a hipótese de crime doloso ao qual se comina, em abstrato, a pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, o que acaba por favorecer a utilização indevida das prisões preventivas, tendo em vista que, não raro, as condenações tendem a se aproximar do mínimo legal e são fixadas de modo a serem cumpridas em regimes mais brandos (semiaberto ou aberto), ou, então, as sanções corporais são substituídas por penas alternativas – restritiva de direitos ou multa.

Com efeito, viu-se que grande parte dos presos provisórios não chega sequer a receber na sentença definitiva uma pena privativa de liberdade. Não raras vezes, a prisão cautelar se apresenta como muito mais gravosa do que a própria condenação. Frequentemente, o remédio é mais amargo que a doença: a tutela processual (prisão cautelar) é mais danosa que o seu resultado (pena definitiva).⁴⁷

Ocorre, porém, grande distorção hermenêutica desse dispositivo (e porque não do instituto da prisão processual como um todo), de modo a fazer-se da medida cautelar uma verdadeira antecipação de pena, onde os critérios de adequação do parágrafo II do art. 282 mais se qualificam como critério de dosimetria de pena, que varia desde a restrição de direitos (medidas alternativas à prisão, art. 319 do CPP) à prisão-pena de fato, materializada na figura da prisão preventiva (art. 312 do CPP).

A correta interpretação dos elementos e princípios que compõe o instituto das cautelares seria: o *fumus comissi delicti* enquanto requisito, estabelecendo **indícios de materialidade e autoria**, o *periculum libertatis* enquanto **motivação/fundamentação da tutela do processo** e a adequação enquanto regra de julgamento a fim de **atribuir-se a medida adequada** à realidade fática (provisionalidade).

Já a sistemática distorcida, em síntese, dá-se da seguinte maneira: **define-se a autoria** e materialidade por meio do *fumus comissi delicti*; **fundamenta-se a pena** por meio do *periculum libertatis*, estabelecendo-se, inclusive, a função preventiva geral

pena de prisão revelava “o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país”[8].” em BORGES, Ademar. **Uma proposta de redução do encarceramento preventivo**: um passo para a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário. JOTA, 2017. p. 3.

⁴⁷ BORGES, Ademar. **Uma proposta de redução do encarceramento preventivo**: um passo para a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário. JOTA, 2017. p. 8.

e especial da pena, quando da fundamentação de que o imputado apresenta risco à sociedade e necessita ter sua liberdade privada para que não volte a delinquir (garantia da ordem pública e econômica fundada na periculosidade do agente); e **adequa-se a pena (realizando a dosimetria)** pelo critério de “gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do imputado”⁴⁸, esta última – as condições pessoais do imputado – indicando, novamente, o caráter preventivo especial, vez que não raro é utilizada como desvalor de antecedentes⁴⁹, ao indicar que o imputado oferece maior grau de perigo em função de sua reincidência.

É preciso de uma vez por todas que o conjunto dos operadores do direito deixe na história o ranço inquisitorial e passe a interpretar os princípios, dispositivos e a Lei penal de forma a dar concretude à política pública que tentou-se instaurar com o advento da Lei. N. 12.403 de 2011, que apesar das falhas já apontadas neste trabalho, tenta frear o avanço horrendo do hiperencarceramento cautelar. O malabarismo hermenêutico de juízes e tribunais, assim como o esforço doutrinário em distorcer os institutos a fim de consolidar um processo cautelar penal medieval se reflete no estado de coisas inconstitucional instaurado no cárcere brasileiro.

2.3. Alterações legislativas e jurisprudenciais relevantes

A Prisão Cautelar contemporânea, também nominada prisão processual ou provisória, foi modelada tal qual a conhecemos hoje a partir do advento do Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor. Ela compreendia, enquanto instituto, à tão somente medidas cautelares privativas de liberdade aplicadas ao imputado em sede pré-processual ou durante o curso do processo persecutório penal. O instituto como um todo sofreu diversas mudanças, essas capitaneadas pelo poder constituinte originário, pelo legislador derivado, pela incidência de diplomas internacionais sobre direitos humanos e por consolidações jurisprudenciais e doutrinárias. A seguir, iremos tratar das mais relevantes transformações do instituto para, na sequência, melhor examinar as medidas cautelares restritivas de liberdade e sua aplicabilidade desvirtuada. .

⁴⁸ Art. 282, II, CPP.

⁴⁹ Na lição de Lopes Jr., "Contudo, 'condições pessoais do indiciado ou acusado' pode, se mal utilizado, abrir um perigoso espaço para o retrocesso ao direito penal do autor, com o desvalor de "antecedentes", por exemplo, para adotar medidas mais graves, como a prisão preventiva. Com certeza, os adeptos do discurso punitivo e resistentes às novas medidas alternativas utilizarão "as condições pessoais do indiciado" para determinar a prisão preventiva, infelizmente". LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 614.

2.3.1. Excepcionalidade da prisão cautelar

Na então sistemática do Código, quando da sua criação, a prisão cautelar era regra e não exceção. Previa-se a obrigatoriedade da prisão preventiva nos “crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos” (art. 312 do CPP, redação de 1941), bastando para tal provas indiciárias suficientes para instauração do inquérito policial. A prisão preventiva era efeito automático da prisão em flagrante, com exceção de crimes afiançáveis e delitos menos gravosos, como nas contravenções penais.

Cabe frisar que tanto na criação do Código de Processo Penal, em 1941, quando da referida reforma de 1967, o Brasil enfrentara grandes tribulações na ordem democráticas. Na redação original do Código, sob o Estado Novo Vargasista, a prisão preventiva aliada às medidas de segurança constituam a tônica do aparato de repressão do regime; já na ditadura civil-militar de 64, que impulsionou a reforma de 1967, foi introduzido o polêmico dispositivo de “garantia da ordem pública”, que até os dias de hoje permanece cumprindo seu papel repressivo e nada cautelar, uma verdadeira herança maldita dos tempos de chumbo.

Foi com o advento da Lei 12.403 de 2011 que a prisão preventiva tomou a forma tal qual a conhecemos hoje, instituindo o caráter excepcional das medidas cautelares restritivas de liberdade ao passo que prevê um série de medidas alternativas à prisão. Sem dúvidas um verdadeiro avanço do sistema cautelar penal brasileiro em relação à tutela das liberdades e garantias civilizatórias.

2.3.2. Prisão temporária em substituição à prisão para averiguação

A prisão temporária não existia do advento do Código, e sim a “prisão para averiguação”, ordenada pela autoridade policial com a finalidade de investigação. A diferença central entre os institutos é a ausência de controle judicial sob a antiga figura, mantendo-se, porém, na sua forma moderna, a razão de ser: subsídio investigativo e não cautelar propriamente dito.

Observe-se que até nos dias de hoje é rotineiro da abordagem policial a detenção “para averiguação”, onde em função de “conduta suspeita”, há uma espécie

de sequestro-relâmpago perpetrado pelo Estado contra seus cidadãos, quase todos jovens, quase todos negros.

A mera detenção, porém, atualmente, apenas deve ser fundamentada pela prisão em flagrante, que de imediato deve ser apreciada pela autoridade judiciária. Já a prisão para averiguação dos termos de Ditadura Vargas, era instrumento plenamente manejado pelos órgãos de repressão.

A despeito do ranço autoritário que as prisões cautelares ainda carregam dos períodos de exceção, cabe apontar que tanto alguns institutos (como a prisão temporária) como própria cultura policial e judiciária, até os dias de hoje sofrem do obscurantismo deixado pelos anos de chumbo; lamentavelmente, uma página que a sociedade brasileira virou sem ler. A justiça de transição precisa alcançar não apenas vítimas e torturadores, como também o Império do Direito.

2.3.3. Prisão decorrente de decisão de pronúncia.

Havia, na ocasião da decisão de pronúncia (art. 413 do CPP⁵⁰) – quando que, uma vez convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes e autoria ou participação, o juiz conduz o réu ao julgamento do júri – a obrigatoriedade de prisão cautelar do imputado; o que só veio a mudar com a famigerada “Lei Fleury” (Lei 5.941/73), que a fim de livrar da prisão o notório torturador e assassino do regime empresarial-militar Delegado Sérgio Fernando Paranhos Fleury, retirou a obrigatoriedade de prisão na ocasião da decisão de pronúncia nos casos onde “o réu for primário e de bons antecedentes”.

Apesar de ser medida libertária, a Lei Fleury é, no mínimo, sintomática da realidade brasileira: uma vez que se avança em direção a um direito processual penal menos inquisitório e mais observador do princípio da presunção de inocência, este

⁵⁰ Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

(Redação integral do art. e parágrafos dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

avanço é direcionado – ao menos em primeiro momento – à elite político-social à época. No caso em tela, retirou-se a obrigatoriedade a fim de beneficiar indivíduo específico, contrariando a própria natureza da lei ordinária, qual seja o caráter de normatizar a sociedade como um todo.

2.3.4. Reincidência e antecedentes criminais como fundamentação das prisões cautelares.

A mesma “Lei Fleury” (Lei 5.941/73) que admitia ao réu aguardar o julgamento do Júri em liberdade na eventualidade de ser primário e de bons antecedentes também ampliou tal garantia ao imputado apelante, conferindo a seguinte redação ao art. 594:

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, **salvo se for primário e de bons antecedentes**, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. (Redação dada pela Lei nº 5.941, de 22.11.1973). (Grifos nossos)

Foi em 2008, porém, com o advento da Lei n. 11.719, que o critério “primário e de bons antecedentes”⁵¹ deixou de ter exclusividade em relação à aplicabilidade de liberdade provisória em função da revogação do art. 594 do Código de Processo Penal. Dessa feita, o juiz deve adotar os mesmos critérios já estipulados no artigo 312 do CPP a fim de que decreta ou não a prisão cautelar no caso de qualquer indiciado ou réu, independente do grau de jurisdição onde a ação persecutória estiver em andamento.

Todavia, permanece o efeito estigmatizar da reincidência no Código, de forma a possibilitar-se a decretação da prisão preventiva caso reincidência em outro crime doloso já transitado em julgado.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

⁵¹ Podemos definir “primário” como sendo aquele que não é reincidente, que – por sua vez – nos termos do art. 63 do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/40), é aquele que “comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Já como “antecedentes”, entende a doutrina majoritária (Capez, Nucci, Bitencout, Hungria) que se trata de qualquer envolvimento do indivíduo com procedimentos persecutórios penais, mesmo aqueles não resultem em condenação; desta feita, inquéritos instalados, processos criminais em andamento, absolvição por insuficiência de provas, todos configuram-se como maus antecedentes. Trata-se de patente violação do princípio da presunção de inocência, vez que tanto na dosimetria da pena como hipótese de cabimento da prisão preventiva, este estigma pode ser utilizado em desfavor do imputado.

(...)

II - Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

A previsão do art. 313, II sobrevive no Código desde sua criação, apesar de reformas que o dispositivo sofreu em sua redação ao longo dos anos (com as Leis 5.349/67, 6.416/77 e, finalmente a 12.403/2011). Não raro encontrar decisões de prisão preventiva onde a fundamentação se assenta nos (maus) antecedentes criminais do imputado, fazendo alusão à uma suposta periculosidade do agente em relação à paz social, de modo a justificar-se a aplicabilidade da prisão cautelar. Tal raciocínio beira à sandice jurídica, vez que a tutela cautelar não direciona-se à sociedade, e sim à marcha processual; assim como a periculosidade do agente não diz respeito à algo ou alguém que não o processo, portanto não deveria ser cabível medida cautelar embasada em antecedentes criminais, já que é função da prisão-pena a prevenção especial, não comportando esta finalidade as medidas cautelares. A decretação de prisões provisórias devem assentar-se tão somente no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* e como é obvio notar, este não é o caso da reincidência. Como ensina Lopes Jr, tal critério configura *bis in idem* e deve ser abolido do sistema cautelar brasileiro:

Trata-se da situação do réu reincidente em crime doloso. Infelizmente, optou o legislador em seguir na linha de máxima estigmatização do reincidente, em flagrante *bis in idem*. Autorizar uma prisão preventiva com base, exclusivamente, no fato de ser o réu ou indiciado reincidente é uma interpretação equivocada. É verdade que o STF no Recurso Extraordinário RE 453000, julgado em 04 de abril de 2013, afirmou a constitucionalidade da agravante da reincidência, mas isso não basta por si só como fundamento de uma prisão preventiva. O art. 313 somente tem aplicação quando presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* do art. 312. Pensar-se uma prisão preventiva com base, exclusivamente, no fato de ser o agente reincidente, poderia constituir uma violação do princípio da proporcionalidade. Ademais, levantaria o seguinte questionamento: onde estaria o caráter cautelar dessa prisão? Por último, recordemos que os efeitos da reincidência cessam se entre a data do cumprimento da pena ou de sua extinção e o novo delito (pelo qual se postula a prisão preventiva) já tiverem passado 5 anos.

Dessarte, pensamos que esse inciso, de forma isolada, não justifica a prisão preventiva.⁵²

⁵² LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 656-667.

2.3.5. Prisão por sentença condenatória recorrível: o retorno do fantasma da antecipação da pena.

A prisão por sentença condenatória recorrível, na sistemática da criação do Código de Processo Penal de 1941, era o instituto pelo qual se aplicava antecipação da pena ao imputado em função do juízo de culpabilidade fundamentado em julgamento de primeira instância, sem que houvesse o trânsito em julgado da ação penal.

Este efeito da sentença recorrível tinha embasamento tanto no art. 313, I, estendendo seus efeitos processuais por meio dos já referidos arts. 594 e 595, todos do CPP.

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados. (Redação de original, 1941)

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se á prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto. (Redação original, de 1941)

Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação. (Redação original, de 1941).

Apesar da Constituição Federal de 1988 consagrar a presunção de não culpabilidade (ou de inocência) entre as garantias e direitos fundamentais (art. 5º, LVII, CF/88⁵³), os dispositivos que sustentavam o instituto da prisão por sentença condenatória recorrível não sofreram controle de recepcionalidade⁵⁴ com o advento da Carga Magna, havendo, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça consolidado entendendo acerca do tema por meio da edição da Súmula 9 em setembro de 1990:

Súmula 9. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Todos os referidos dispositivos, porém, foram revogados: o art. 594 pela Lei n. 11.719/2008 e os arts. 313 e 595 pela reforma do sistema cautelar perpetrada pela Lei n. 10.403/2011. Se tratava, portanto, de espécie de medida cautelar dotada de

⁵³ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁵⁴ HC 72.366/SP (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999)

nenhuma cautelaridade; ou ainda, uma simples antecipação de pena, que negava ao réu o direito de recorrer em liberdade.

A perspectiva de medida cautelar se dava pelo fato da redação original do art. 312 do CPP prever a prisão preventiva fundada unicamente em prova indiciária (*fumus commissi delicti*), dispensando a fundamentação (*periculum libertatis*). Dessarte, vez que a condenação *a quo* já indicava por si só o *fumus commissi delicti* – pois impossível imputar culpa sem os pressupostos materialidade e autoria do crime –, natural entender que o instituto se travava de prisão cautelar. Porém isso mudou com o advento da Lei nº 5.349,/1967, que estabeleceu tanto a necessidade provas indiciárias (*fumus commissi delicti*) como de fundamentação específica (*periculum libertatis*) a fim de ser possível aplicar medidas cautelares pais. Desta feita, de 1967 até a revogação definitiva do instituto, em 2011, não era possível sustentar a que a prisão decorrente de sentença recorrível tinha caráter cautelar.

Atualmente, nada impede, porém, à exemplo do que ocorre da decisão de pronúncia, que o juiz entenda a necessidade de se aplicar medida cautelar após a sentença recorrível, o que deverá ser feito pela inteligência do art. 387 do CPP⁵⁵, e não por uma suposta prerrogativa de antecipação da pena, pois o início da prisão-pena deve iniciar tão somente da sentença penal condenatória transitada em julgado, em observância ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88).

2.3.5.1. Prisão por sentença recorrível em segunda instância

No caso da execução provisória da pena decorrente de condenação em segunda instância, o debate segue o mesmo sentido: há a possibilidade (legal) de antecipação a pena uma vez do não esgotamento das vias recursais?

Quando falamos em legalidade, o cerne da questão não deve estar na existência ou não de dispositivos legais que permitam a execução provisória da pena, à exemplo do art. 637 do CPP⁵⁶, que não confere efeito suspensivo ao recurso

⁵⁵ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

⁵⁶ Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

extraordinário e do art. 27, § 2º da Lei n. 8.038, que por sua vez confere efeito devolutivo aos referidos recursos; falamos, na realidade, do caráter constitucional desses dispositivos.

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal, desde o advento da Constituição de 1988 – e com ela a presunção de inocência enquanto norma pétrea – se debruça sob o tema a fim de, hora compatibilizar a antecipação da pena com as liberdades democráticas, hora afastar este fantasma inquisitório.

A fim de se justificar a antecipação da pena, alude-se que ela se trata, na realidade, de execução provisória fundada em culpa já configurada nos marcos do devido processo legal (em sede de via ordinária, qual seja 1º e 2º graus de jurisdição). A bem-verdade é que “execução provisória da pena” não passa de eufemismo para antecipação da pena, um verdadeiro disparate à luz da ampla defesa (que abrange o direito de recorrer em liberdade) e à presunção de inocência.

Ainda em 1991, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), o STF firmou entendimento de que a presunção de inocência não impede a antecipação da pena após julgamento em segunda instância:

“Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal **ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal**. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. **De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo**. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido”. (Grifos nossos).

Quanto ao efeito recursal devolutivo⁵⁷ dos recursos extraordinário e especial (art. 27, § 2º da Lei n. 8.038) ao qual o julgado em tela faz referência, a Lei 8.038⁵⁸

⁵⁷ Efeito devolutivo pode ser entendido como antítese de efeito suspensivo; ou seja, é efeito recursal no qual a matéria é inteiramente analisada pelo juízo hierarquicamente superior, porém sem haver a suspensão dos efeitos da sentença *a quo*.

tratou de ampliar o alcance do dos efeitos recursais do processo civil ao processo penal, onde o objeto do “litígio” é dotado de complexidades e garantias civilizatórias que vão muito além daquelas tuteladas pelas normas civilistas. Não de pode transplantar categorias da teoria geral do processo ao processo penal, ainda que aquele seja subsidiário deste. A leitura equivocada do dispositivo em questão estabelece uma prisão cautelar obrigatória após condenação em segunda instância, o que fere a lógica da sistemática cautelar por não levar-se em consideração a fumaça de perigo ao processo (*periculum libertatis*); ou se optarem pela via interpretativa da antecipação da pena, e não da cautelaridade, é patente a violação à presunção de inocência enquanto regra não apenas de tratamento processual como também regra de garantia de liberdade individual.

O entendimento da legalidade da antecipação da pena após condenação em segunda instância ainda que pendente recurso extraordinário ou especial foi amplamente dominante⁵⁹ no STF até os idos de 2009, quando do julgamento do HC 84.078. Destaque-se, no mesmo sentido, o acórdão do HC 94.408 (Rel. Min. Eros Grau), de fevereiro de 2009, asseverando que *a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas*⁶⁰:

Em 2016, porém, em lamentável retrocesso, este entendimento veio a mudar quando do julgamento do HC 126.292 (Rel. MIN. TEORI ZAVASCKI), assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de

⁵⁹ V.g HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994.

⁶⁰ (HC 94.408, Rel. Min. EROS GRAU, 2ª Turma, j. 10/2/2009, DJe-059, DIVULG 26/3/2009, PUBLIC 27/3/2009, EMENT VOL-02356-03, PP-00571, RT v.98, n. 855, 2009, p. 493-501n RF v. 105, n. 401, 2009, p. 572-582)

apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado.⁶¹

Em seu voto, o min. relator asseverou que a presunção de inocência, apesar de apenas positivado na Carta Magna de 1988, já estava presente no ordenamento nacional no período de vigência da CF de 1946, e função da ratificação pelo Brasil da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que postura “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”⁶².

Em síntese, sustenta o relator que a presunção de inocência e a ampla defesa devem apenas ser resguardadas até a condenação em segunda instância, pois é no segundo grau de jurisdição que se aperfeiçoa a conformidade ou não de culpa, vez que a apelação é dotada de ampla delolutividade, se encerrando o exame de autoria e materialidade (fatos e provas) do delito imputado ao réu; que a presunção de inocência se reflete em regra de tratamento processual, com destaque para o ônus da prova recair sob a acusação, não estando em seu “núcleo duro” o direito de recorrer à via extraordinária em liberdade; que, em observância aos dispositivos internacionais⁶³; que à exemplo de reconhecidos estados democráticos de Direito, a pena pode ser executada uma vez conformada a culpa em segunda instância; que ressalvada a estreita via da revisão criminal, o STF não se dedica a reexame de fatos e provas; e que, por fim, a execução da pena após condenação em segunda instância, dado ao aludido efeito devolutivo dos recursos extraordinário e especial, se assenta sob os arts. 637, II do CPP e 27, § 2º da Lei n. 8.038.

⁶¹ (HC 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Plenário, j. 17/2/2016, DJe 17/5/2016).

⁶² ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, art. 11.1.

⁶³ Artigo 8º - Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. (Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica).

Ante todo o exposto, algumas observações:

Tentam argumentar os defensores da execução antecipada da pena que o novo entendimento veio a restaurar o equilíbrio entre *pro reu* e *pro societate*, de modo a permitir o exercício do *jus puniendi* estatal que estaria sendo tolhido pelo alcance dos efeitos da prescrição.

É fato que há inúmeros casos⁶⁴ onde os recursos são manejados de forma protelatória, de forma a alcançar-se a impunidade. A EC n. 45/2004, à este propósito, tanto em defesa do *jus puniendi* do Estado, como em tutela dos litigantes e imputados, estabeleceu o direito à razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII⁶⁵). Se reforma do judiciário não surtiu os efeitos esperados de combater a morosidade da máquina pública, não podem, a esta razão, os direitos e garantias fundamentais serem distorcidos.

A tese de que a presunção de inocência e a ampla defesa constituem regra de tratamento processual e não direito de recorrer em liberdade beira ao cinismo. Se o “núcleo duro” da presunção de inocência não é a liberdade individual, o que mais seria? Ora, o ônus da prova recair sob a acusação, direito à defesa técnica, direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*) etc são garantias derivadas do estado de liberdade que, por excelência, diz respeito à ao próprio corpo do indivíduo, e não apenas garantia de ser tratado como inocente no curso da persecução penal.

⁶⁴ Transcrevo os exemplos dados pelo desembargador aposentado Vladimir de Freitas, em artigo sobre o tema:

“O jornalista Pimenta Neves (63), então diretor de redação do jornal *O Estado de São Paulo*, matou sua namorada Sandra Gomide (32) em agosto de 2000. Após ter sido condenado no Tribunal do Júri e no TJ-SP, conseguiu reter a decisão final nos tribunais superiores por anos. Só foi julgado em definitivo no STF em maio de 2011, quando iniciou o cumprimento de sua sentença.

O empresário e ex-Senador (DF) Luiz Estevão foi acusado de desvio de recursos no valor de R\$ 2 bilhões, na construção do TRT de São Paulo, cuja licitação ocorreu em 1992 (Caso Lalau). Somente em 9 de dezembro de 2015 ele foi condenado em definitivo pelo STF a cumprir pena de 26 anos de reclusão. Segundo notícia no site do *Correio Braziliense*, a defesa de Luiz Estevão apresentou 21 recursos e 11 Habeas Corpus. A demora foi-lhe vantajosa, pois levou à prescrição das penas relativas aos crimes de formação de quadrilha e de uso de documento falso.

Na área ambiental, o empresário Luiz Ruppenthal foi acusado dos crimes de poluição e outros pela morte de 86 toneladas de peixes, fatos ocorridos em outubro de 2006. Foi julgado no TJ-RS em abril de 2009. A sentença não pôde ser executada, pois foi interposto recurso ao STJ. Neste tribunal, só em abril de 2015 a sua situação foi definida pela 6ª Turma (Emb. Declaração no Ag. Regimental no Agravo 1.383.285 RS), quando se reconheceu a prescrição dos crimes dos artigos 68 e 69 da Lei 9.605/98, mantendo-se a condenação apenas pelo de poluição (artigo 54). Não houve recurso ao STF mas, se houvesse, provavelmente este último delito também prescreveria.” (Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibrio-determinar-execucao-provisoria-pena>. Acesso em 09 de junho de 2018).

⁶⁵ LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Quanto às referências ao ordenamento de outros países, comparar o Brasil com repúblicas europeias ou o próprio modelo estadunidense é descabido. Em primeiro lugar, dada a incompatibilidade entre as tradições jurídicas de sistemas insular e continental, transposições automáticas de modelos jurisdicionais são no mínimo temerárias. Em segundo lugar, que tanto negativa ou como positivamente, não é possível comparar o Brasil à tais democracias sob um viés político-social: no caso dos Estados Unidos da América, o país que detém a vergonhosa marca de maior população carcerária do Planeta Terra⁶⁶, onde, em 2008 estavam 23% dos encarcerados no mundo, este está longe de um exemplo a ser seguido. Já no caso da Alemanha, no sentido oposto, por lá não há notícias de acordos “com o Supremo, com tudo” para estacar sangrias; ou ainda, não se tem notícias de juízes paladinos estampando capas de revistas, fazendo declarações fora dos autos, vazando áudios sigilosos à imprensa etc. O Brasil é dotado de complexidades ímpares, cuja a frágil, jovem e recorrentemente sofrida democracia faz necessitar um sistema acusatório forte e regido pelos ideais garantistas. Definitivamente, a máxima observância à ampla defesa e à presunção de inocência não é a causa de nossas crises político-sociais.

Acerca da possibilidade de aguardar a Revisão Criminal a fim de que sejam corrigidas injustiças é ignorar a função de controle que a Suprema Corte exerce sob o Poder Judiciário. Ademais, em um país como o Brasil, maculado por inúmeros casos de desvios éticos no trato da coisa pública, o reexame de uma matéria pelo juízo de segunda instância é garantia suficiente da probidade da decisão? Quando o min. relator aponta a “ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas”, se exime o STF de exercer seu papel de controle jurisdicional, passando cada vez mais, por meio de jurisprudências defensivas, a esvaziar sua competência de controle hierárquico do Poder Judiciário, e não apenas de corte constitucional.

Ora, que a via extraordinária não se dedica a reexame de materialidade é óbvio, porém é do exercício do poder hierárquico a correção ilegalidades que por ventura venham a ser cometidas na via ordinária. Logo, ignorar que o STF, justamente por ser uma corte constitucional, tem caráter eminentemente político, é abrir alas para

⁶⁶ Dados do *International Centre of Prison Studies – King's College of London*. Disponível em https://www.apcca.org/uploads/8th_Edition_2009.pdf. Acesso em 13 de abril de 2018.

que julgamentos direcionados por interesses políticos escusos produzam o mais bárbaros dos efeitos: o encarceramento de um inocente.

Exemplo disso é a sentença contrária à provas dos autos; que à despeito de poder ser corrigida pela via da Revisão Criminal, esta opção depende do trânsito em julgado da ação condenatória. Deverá, portando, o injustiçado aguardar o esgotamento da via extraordinária ou desistir de recorrer da decisão do Tribunal que o condenou a fim de que possa lançar mão da Revisão Criminal, que por sua vez será, no último caso, novamente avaliada pelo TJ, TRF ou Turma Recursal; já no caso de Revisão Criminal que ataca questão debatida em Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, novamente, o injustiçado deverá aguardar o julgamento dos referidos recursos ao STJ e STF a fim de que possa ter a chance de se ver livre; dado que, como a jurisprudência da Corte se assentou, não há necessidade de trânsito em julgado para início da prisão-pena.

Já acerca dos dispositivos aludidos, cabe a seguinte análise: uma vez que inexistente prisão “cautelar-obrigatória”; ou seja, decorrente de simples sentença recorrível, como assenta o art. 283, *caput*, do CPP⁶⁷, dispositivo este ratificado pela Lei n. 12.403 de **2011** em perfeita consonância com o art. 5º, LVII da CF (presunção de inocência); e sendo o art. 637 do CPP⁶⁸, de redação datada do advento do CPP, em **1941**, onde não havia sequer sinal pra presunção de não culpabilidade no ordenamento nacional, nos parece lógico concluir que o Art. 637 do CPP não foi recepcionado pela Constituição Federal

Já o art. 27, § 2º da Lei n. 8.038/1990, por sua vez, se trata de dispositivo inconstitucional.

Deste raciocínio, conclui-se que apenas é cabível prisão antes do trânsito em julgado se esta for de caráter cautelar, devidamente fundamentada; ou seja, a única possibilidade de prisão quando da condenação em segunda instância é a prisão preventiva, se existir necessidade de tutela do processo.

⁶⁷ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, Código de Processo Penal de 1941).

⁶⁸ Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença. (BRASIL, Código de Processo Penal de 1941).

Apesar de pretensamente a prisão obrigatória em segunda instância alcançar os réus que, de forma protelatória⁶⁹, manejam recursos com vistas à impunidade, não são os abastados – e conseqüentemente com acesso de qualidade à justiça – que são os mais atingidos pela medida.

É certo que recentemente o tema da execução provisória da pena ganhou destaque com julgamento do *habeas corpus* que tinha como paciente o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (HC 15.2752/PR, Rel. Min. Edson Fachin). Nesta ocasião, a Corte manteve o paradigma de 2016, aqui debatido, mas a grande e perversa repercussão social da atual jurisprudência atinge prioritariamente indivíduos marginalizados, filhos das classes subalternas, sem acesso à justiça: apenas entre fevereiro de 2016 e abril de 2018, o Tribunal de Justiça de São Paulo expediu 13.887⁷⁰ mandados de prisão assentados no atual entendimento do STF, segundo dados da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Ademais, a Defensoria de SP aponta que, ao contrário do que aludem os ministros⁷¹ do STF em relação à baixa efetividade dos recursos extraordinário e especial, os *habeas corpus* com vistas a corrigir decisões equivocadas, tanto de primeiro como de segundo grau, tem logrado grande êxito, não se tratando – de forma alguma – de atos meramente protelatórios com vistas a impunidade por meio da prescrição:

Dados da Defensoria Pública de São Paulo mostram, ainda, a importância do acesso a tribunais superiores para correção de decisões equivocadas de primeiro ou segundo grau: em 2017, a **instituição obteve um índice de**

⁶⁹ “Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.” (HC /SP 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki. Voto do min. relator).

⁷⁰ Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Manifestação da Defensoria Pública de SP ao STF aponta dados de impacto da prisão automática em segunda instância na população carcerária. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=79682&idPagina=3086>. Acesso em 03 de junho de 2018.

⁷¹ “Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política. Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante : de um total de 167 RE’s julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por *habeas corpus*, foram providos menos de 4% dos casos”. (HC/MG 8.4078, Min. Rel. Luiz Fux. Voto do Min. Joaquim Barbosa).

sucesso (total ou parcial) em 44% dos cerca de 11 mil habeas corpus impetrados perante o Superior Tribunal de Justiça, reformando decisões anteriores em aspectos fundamentais, como possibilidade de estabelecimento de penas alternativas ou mesmo de reversão completa de condenações.

A manifestação aponta, ainda, que pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, no projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas Corpus nos Tribunais Superiores”, que traz um recorte temporal **entre 2008 e 2012, indicou que, dos habeas corpus impetrados pelas Defensoria Públicas de todo o país, 66,4% tem a ordem concedida perante o STJ e 43,2% perante o STF**, confirmando que a segunda instância não julga de acordo com os precedentes dos tribunais superiores e, portanto, “não há qualquer viabilidade de garantir, a partir dela, a segurança necessária para o início de cumprimento da pena”.⁷²

Por fim, a prisão obrigatória após condenação em segunda instância (ou antecipação da pena, ou execução provisória da pena, como queiram) aguarda sua estabilização por meio do julgamento (de mérito ou apenas liminar) das Ações Declaratórias de Constitucionalidade⁷³ (ADCs) n. 43 e 44, impetradas pelo PEN e OAB na ocasião do julgamento do HC 126.292 (atual posicionamento do STF). Acontece que apenas com o efeito vinculante (art. 102, § 2º, CF/88)⁷⁴, quando do julgamento das referidas ADCs, o entendimento do STF poderá exercer repercussão geral sob os demais órgãos do Poder Judiciário; o que não impediu, como já referido, a aplicabilidade do entendimento pelo TJSP ou pelo próprio STF quando do indeferimento do *habeas corpus* do ex-presidente Lula (que dada a resistência da Corte em atribuir o caso de efeito vinculativo, demonstra o juízo de exceção perpetrado contra o ex-presidente).

⁷² Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Manifestação da Defensoria Pública de SP ao STF aponta dados de impacto da prisão automática em segunda instância na população carcerária. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=79682&idPagina=3086>. Acesso em 03 de junho de 2018.

⁷³ Introduzida no ordenamento pela EC. N. 3, a ADC busca declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de forma a conferir (ou não) presunção absoluta de constitucionalidade à Lei que antes panas gozava de presunção relativa. A ADC, assim como nas Ações Diretas de Inconstitucionalidades, por força do § 2º do art. 102 da CF, tem “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

⁷⁴ § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. BRASIL, Constituição Federal de 1988.

CAPÍTULO III

PRISÕES CAUTELARES EM ESPÉCIE: A APLICABILIDADE DEGENERADA DAS PRISÕES PROVISÓRIAS

3.1. Prisão em flagrante

Há divergência na doutrina quanto ao caráter cautelar da prisão em flagrante. Há autores que a classificam como medida pré-cautelar em função de sua precariedade (a ser aperfeiçoada ou não pelo magistrado), vez que consiste em mera detenção, não tendo como finalidade garantir o resultado final do processo. Este é o posicionamento, por exemplo, de Aury Lopes Jr:

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.⁷⁵

Outra interpretação acerca da prisão em flagrante, capitaneada por Afrânio Silva Jardim, sugere que “a prisão em flagrante, ao lado da preventiva, seja uma das espécies de medida de natureza acautelatória”, que reclama pronunciamento judicial acerca de sua manutenção. (TÁVORA, 2016)⁷⁶

A prisão em flagrante, expressamente prevista no art. 5º, LXI da CF e regulamentada nos artigos 301 a 310 do CPP, é a modalidade de prisão na qual o indivíduo avistado praticando o ato infracional é preso por quem o flagrou (qualquer um do povo, a autoridade policial ou seus agentes).

CF, art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;⁷⁷

CPP, art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.⁷⁸

⁷⁵ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 618.

⁷⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R.. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. Salvador: Jus Podvm, 2016, p. 530.

⁷⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Esta modalidade de prisão é apenas justificável dada a urgência e necessidade do caso concreto, no qual o delito está acontecendo ou acaba de acontecer: ainda “queima”. Por esse motivo, o Código de Processo Penal é taxativo em seus casos de aplicabilidade:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.⁷⁹

O preso deve ser conduzido à autoridade policial (delegado) para que seja formalizado o auto de prisão em flagrante que, posteriormente, será avaliado pelo juiz a fim de ele relaxe a prisão (em caso de ilegalidade), conceda a liberdade provisória ou a homologue. Se homologada, caberá ao juiz decidir sobre o pedido de prisão preventiva ou aplicabilidade de medida cautelar diversa da prisão (art. 319 do CPP). É o que determina o CPP:

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.⁸⁰

⁷⁸ (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 – **Código de Processo Penal**).

⁷⁹ (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 – Código de Processo Penal).

⁸⁰ Ibidem.

No caso de não estejam presentes os elementos que justifiquem a decretação da prisão preventiva, em especial o *periculum libertatis* (quando o agente é considerado perigoso e/ou propenso à fuga), o magistrado deve conceder a liberdade provisória, mediante ou não à fiança, podendo cumular a medida com outras medidas cautelares diversas à prisão (art. 319 do CPP).

O prazo para recebimento do auto de prisão em flagrante pelo juiz é de 24 horas (art. 316, §1º do CPP), sendo manifestamente ilegais prisões em flagrantes que perduram (às vezes, pasmem, até a conclusão do inquérito policial) sem a necessária conversão e fundamentação em prisão preventiva. Eis, portanto, que a mera homologação da prisão em flagrante não basta para a sua manutenção; não devendo persistir qualquer prisão em flagrante por mais de 24 horas.

3.2. Prisão temporária

A prisão temporária é disciplinada pela Lei n.º 7.960/89 e destina-se a possibilitar a investigação de crimes tidos como graves, auxiliando na coleta dos elementos probatórios buscados. Ocorre, portanto, durante o inquérito policial. Não pode ser decretada de ofício pelo magistrado, devendo ser requerida pelo Ministério Público ou pela autoridade policial.

Ela nasce no contexto pós-constituente de 1988, no qual a polícia judiciária, frente ao grande controle jurisdicional previsto pela Constituição quanto às suas ações investigativas, via-se enfraquecida na disposição daquilo que era o seu principal objeto de investigação: o próprio imputado:

A prisão temporária está prevista na Lei n.7.960/89 e nasce logo após a promulgação da Constituição de 1988, atendendo à imensa pressão da polícia judiciária brasileira, que teria ficado “enfraquecida” no novo contexto constitucional diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para “averiguações” ou “identificação” dos suspeitos. Há que se considerar que a cultura policial vigente naquele momento, em que prisões policiais e até a busca e apreensão eram feitas sem a intervenção jurisdicional, não concebia uma investigação policial sem que o suspeito estivesse completamente à disposição da polícia. A pobreza dos meios de investigação (da época) fazia com que o suspeito fosse o principal “objeto de prova”. Daí por

que o que representava um grande avanço democrático foi interpretado pelos polícias como uma castração de suas funções.⁸¹

A prisão temporária é o maior símbolo do sistema inquisitorial brasileiro, onde o imputado é tido como o principal “objeto” da investigação criminal. Diferentemente da prisão preventiva, na qual imputado fica em estabelecimento prisional, o acusado preso temporariamente fica a disposição da polícia 24 horas por dia, sob o julgo do inquisidor e passível de sofrer as mais diversas torturas psicológicas, mau tratos e desenganos a fim de se conseguir dele uma confissão; já no caso da preventiva, uma vez que a autoridade policial deseje interrogar ou preso ou que ele participe de algum ato da investigação, deverá requerer ao juiz a sua condução para tal finalidade.

É a única prisão cautelar cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, tendo o prazo máximo de 5 dias e, no caso de crimes hediondos, o de até 30 dias, ambos prorrogáveis por igual período. Uma vez que cesse a necessidade de custódia, finde o prazo, ou tenha fim a fase de inquérito, o acusado deve ser posto de imediato em liberdade ou deve ser decretada a prisão preventiva.

O *fumus commissi delicti*, assim como na prisão preventiva, deve estar presente enquanto pressuposto de aplicação da prisão temporária. A Lei n. 7.960 traz em seu art. 1º, III, a definição do instituto, qual seja:

Art. 1º. Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:⁸²

Na sequência do art. III, a legislação estabelece um rol taxativo bastante abrangente de crimes pelos quais ao investigado pode recair a prisão temporária, quais sejam: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou

⁸¹ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 692.

⁸² BRASIL. Lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989.

medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro e crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Quanto ao *periculum libertatis*, a prisão temporária se mostra no mínimo incompatível com o instituto. Isto porque a liberdade do acusado não dá causa a perigo algum, como no caso do *periculum libertatis* aplicado à prisão preventiva. A prisão temporária tem como objetivo dispor do acusado à investigação criminal; ou seja: a investigação necessita da privação de liberdade do acusado, pois apenas assim é que se imagina conseguir chegar-se à verdade material.

É vergonhoso que admitir que é necessário dispor da liberdade de alguém para chegar-se à verdade de um fato, porém esta é a serena leitura a ser feita do instituto da prisão temporária à luz principiológica do *periculum libertatis*. Trata-se da perpetuação da tradição inquisitória, assim como da tradição investigativa precária das polícias judiciárias brasileiras, que excedem em práticas medievais aquilo que as faltam de inteligência forense.

Há que se abandonar o ranço inquisitório, em que o juiz (inquisidor) dispenha do corpo do herege, para dele extrair a verdade real... O suspeito (e o acusado) tem o direito de silêncio e de não participar de qualquer ato probatório, logo, está logicamente autorizado a não comparecer (e, obviamente, a “não colaborar com as investigações”...) ⁸³

Estando o suspeito protegido pela presunção de inocência (art. 5º, LXII, CF) e pelo direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF) – também consagrado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, que assegura em seu art. 8.2, g, o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”, o *nemo tenetur se detegere* – não há que se falar em obrigatoriedade de colaboração com a investigação criminal, tampouco pode-se admitir que seja “imprescindível para as investigações do inquérito policial” a privação de liberdade do suspeito.

Neste sentido, pode-se afirmar com bastante tranquilidade jurídica que o instituto da prisão temporária está eivado de ilegalidade se cotejado com os princípios constitucionais e aos diplomas internacionais sobre direitos humanos. Ainda mais urgente esta constatação especialmente após o advento da lei 12.403/2011, que estabelece medidas cautelares diversas da prisão também no caso da prisão

⁸³ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 696.

temporária, haja vista que a nova redação do art. 282 do CPP contempla “necessidade para a investigação ou a instrução criminal”.

Desnecessária, portanto, a medida, havendo diversas outras soluções para o desenrolar de atos investigativos. Neste sentido, o brilhante voto do Min. Eros Grau no julgamento do HC 95.009-4/SP:

(...) O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. Daí que a primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, n. LXIII) – e o temos afirmado aqui exaustivamente –, o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade! Sendo a privação da liberdade a mais grave das constringências que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão. 31. Tampouco se pode acolher a prisão para impedir que provas sejam destruídas sem que o suspeito tenha dado qualquer motivo para que se afirme essa possibilidade. Na dicção do Ministro CELSO DE MELLO, para tanto é indispensável “base empírica idônea”. 32. Não falta quem diga que a prisão temporária é, às vezes, a “única punição” que o suspeito sofre. Mas prisão cautelar não é pena, de sorte que a circunstância de ter sido ela o único constrangimento por ele suportado consubstanciará prova cabal de que, não tendo sido condenado, o acusado não merecia ser punido. 33. Pior ainda é o argumento da “agilização” da investigação. Pois antes de ser ágil é preciso que ela seja legal e necessária, inexistindo qualquer outra via para o seu curso.⁸⁴

⁸⁴ STF - HC: 95009 SP , Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 23/07/2008, Data de Publicação: DJe-144 DIVULG 04/08/2008 PUBLIC 05/08/2008.

3.3. Prisão preventiva

3.3.1. Elementos gerais:

A prisão preventiva, é disciplinada pelo artigos 311 a 316 do CPP, encontrando seu embasamento constitucional no art. 5º, LXI, em função de ser decretada “por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”⁸⁵, tem prerrogativa de manejo exclusiva pelo juiz de direito. Pode ser decretada em desfavor tanto do indiciado, em fase de inquérito policial, quanto do réu, em fase processual propriamente dita – inclusive em sede recursal após sentença condenatória recorrível.

Não tem prazo máximo definido em Lei, contrariando o caráter de provisoriedade das medidas cautelares. A decorrência de um eventual prazo que venha a disciplinar o instituto é essencial, vez que a decisão poderia ser revista à luz dos elementos que a fundamentam. O reexame de ofício a fim de manter-se a prisão preventiva, porém, não acontece. Aos réus com acesso factual à justiça, podem pleitear o concessão de liberdade provisória quando da não subsistência dos elementos que decretaram a prisão preventiva; já aos esquecidos na vala comum do cárcere, resta apenas o habitual descaso do Poder Judiciário. Infelizmente, como já apontamos, a reforma do sistema cautelar introduzido pela Lei. n. 12.403 não logrou êxito em disciplinar a questão, apesar de constar em seu projeto de lei que o prazo máximo de 180 dias, igualmente prorrogáveis *ad infinitum*.

Para aplicação da prisão preventiva, com o advento da Lei n.º 12.403, há de se observar também se não é possível aplicar medidas cautelares diversas à prisão (art. 319 do CPP), já que a restrição de liberdade sem que haja uma condenação penal irrecorrível deve ser **medida excepcional**, em observância ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).

Ocorre somente se presentes os elementos de *fumus comissi delicti e periculum libertatis* (ou seja, presentes os indícios de autoria e materialidade do delito somados aos riscos que sua conduta pode proporcionar ao processo). O art. 312 do CPP engloba, portanto, tanto o requisito quando os fundamentos da prisão preventiva:

⁸⁵ Art. 5º (...)

(...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Art. 312. 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.

3.3.2. Requisito de aplicabilidade: o *fumus commissi delicti* na prisão preventiva

O *fumus commissi delicti*, retratado na sistemática do Código como “prova da existência do crime e indícios de autoria” é o requisito a ser observado a fim de decretar a prisão preventiva. Apesar da frágil relação (pois os conceitos são de natureza distintas), há simetria com o *fumus boni iuris* do processo civil, pois em ambos este requisito de cautelaridade diz respeito a um juízo de probabilidade; ou seja, diferente de um juízo de possibilidade, que é necessário para indiciar, ou de um juízo de certeza, necessário para condenar alguém:

Seguindo a lição de CARNELUTTI, existe possibilidade em lugar de probabilidade quando as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes. O juízo de possibilidade prescinde da afirmação de um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa. Para o indiciamento, seria suficiente um juízo de possibilidade, posto que no curso do processo deve o Ministério Público provar de forma plena, robusta, a culpabilidade do réu. Já para a denúncia ou queixa ser recebida, entendemos que deve existir probabilidade do alegado. A sentença condenatória, ainda que seja um ato de convencimento do juiz, somente se legitima quando calcada em um alto grau de probabilidade. Caso contrário, a absolvição é imperativa⁸⁶

Dessa forma, para que haja o *fumus commissi delicti* que sustente medida grave como uma prisão cautelar, deve haver grande probabilidade, uma forte fumaça que indique que a conduta imputada ao agente seja típica, ilícita (antijurídica) e culpável. Portanto, havendo em igual medida grande probabilidade de a conduta imputada ter sido cometida sob cláusulas de excludente de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de

⁸⁶ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13^o ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 648.

direito – art. 23 do CP) ou ausência de dolo⁸⁷, não se constitui (também pela inteligência do art. 314 do CPP⁸⁸) fumaça densa o bastante, não sendo cabível a prisão preventiva.

Há quem entenda que basta “meros indícios” a fim de que se constitua o *fumus commissi delicti*:

Note-se que, nessa fase, não se exige prova plena, sendo suficiente a existência de meros indícios. Basta a probabilidade de o réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. Nesse sentido: “Não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória” (RT, 554/386).⁸⁹

Ora, que não se pode exigir para a prisão preventiva o mesmo juízo de certeza exigível para condenação é óbvio. Meros indícios, porém, bastam apenas para início da investigação, já que não pode qualquer um do povo ser indiciado sem indício algum. Já para a decretação da preventiva deve haver **juízo** de probabilidade; ou seja, o juiz deve sopesar os indícios de materialidade do crime, participação ou coautoria, os elementos subjetivos e objetivos do tipo com as excludentes de ilicitude, o *animus agendi* e demais fatos que apontem pra imaterialidade da denúncia – apenas, então, feito esse juízo de probabilidade, pode o juiz considerar o presente o *fumus commissi delicti*.

3.3.3. Fundamentação: o *periculum libertatis* na prisão preventiva

O *periculum libertatis*, por sua vez, fundamenta a aplicabilidade da prisão preventiva, está igualmente previsto no art. 312, *caput* do CPP, quais sejam: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal (tutela da prova), e para assegurar a aplicação da lei penal.

A fundamentação representada pelo *periculum libertatis* é definida como o perigo decorrente do estado de liberdade do agente. Basta um dos fundamentos para esteja a fumaça de perigo configurada; tais fundamentos, porém, constituem rol

⁸⁷ Desde a reforma instituída pela Lei n. 12.403/2011, a prisão preventiva tem como hipótese de cabimento não mais a pena de reclusão ou detenção cominada ao crime, passando a ser aplicável aos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro anos) (art. 313, I, CPP). **Dessa forma, não cabe prisão preventiva se demonstrada ausência de dolo, em nenhuma hipótese**, mesmo nos casos onde, no crime culposo, a pena cominada é igual ou superior a quatro anos.

⁸⁸ Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

⁸⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 368.

taxativo, não podendo o juiz fundamentar a prisão preventiva em outro perigo decorrente da liberdade do paciente. À acusação (ou mesmo ao juiz, na lamentável hipótese de decretação *ex officio*), compete provar que tal estado de perigo existe, apresentando provas razoáveis, e não meras suposições:

Por fim, como bem explicou o Min. EROS GRAU, “a custódia cautelar voltada à garantia da ordem pública não pode, igualmente, ser decretada com esteio em mera **suposição** – vocábulo abundantemente usado na decisão que a decretou – de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinquindo. Seria indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da medida extrema”.⁹⁰

Vamos, a seguir, às possibilidades de fundamentação estabelecidas em lei:

a) Garantia da ordem pública

Por se tratar de temo vago, abrangente e indeterminado, a “garantia da ordem pública” é um verdadeiro banquete para os inquisidores de plantão (judicial). Ora, o que significa garantir a ordem pública? E além, qual relação que a ordem pública guarda com a cautelaridade processual?

O CPP, desde sua advento em 1941 apresenta a “garantia da ordem pública” em alguns dispositivos. O conceito é frequentemente vago e associado a forte carga moral, como no art. 7º, *caput*, onde está disposto “Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, **desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.**”; ou ainda, no art. 185, §2º, IV, que trata do interrogatório, que – entre outros caso – poderá ser realizado vídeo conferência para “responder à gravíssima questão de ordem pública”; o conceito ainda está presente no art. 427, *caput*, que estabelece as regras para o desaforamento (mudança de local do foro competente) do julgamento, que poderá ser feito “se o interesse da ordem pública o reclamar”, que em síntese, pode ser o que o juiz ou tribunal bem entender, como falta de segurança para o acusado, imparcialidade do júri, arquitetura da sala de julgamento, segurança dos jurados, enfim, uma verdadeira cláusula guarda-chuva.

⁹⁰ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 651-652.

Logo, percebemos que o Código faz referência à ordem pública como sinônimo de interesse público, este, por sua vez, um verdadeiro cheque em branco para o julgador preencher com seus mais variados devaneios:

Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. 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.⁹¹

Há falsa simetria entre o conceito de supremacia do interesse público do Direito Administrativo e do aludido sentido de interesse público conferido à “garantia da ordem pública” presente no Código. É certo que tanto as disciplinas penal e administrativa compõem o *locus* do direito público, porém no viés administrativo, a supremacia do interesse público sob o particular diz respeito à prerrogativa do Estado em dirimir direitos individuais de caráter patrimonial em benefício da coletividade, não se eximindo, todavia, das devidas reparações aos particulares atingidos; já em matéria penal, o Estado não pode transacionar com os direitos do imputado em função de um “interesse público” genérico, vez que o direito em questão é a liberdade individual, de caráter irreparável e tutelada por garantias fundamentais pouco flexíveis. Neste sentido, o brilhante voto do Min. EROS GRAU no HC/SP 95.009-4:

Tenho criticado aqui – e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) – a “banalização dos ‘princípios’ [entre aspas] da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um ‘princípio’ superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características –, porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito”. No caso de que ora cogitamos **esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual “não há direitos absolutos”. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazuza apta a arrombar toda e qualquer garantia**

⁹¹ LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13^o ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 651.

constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor, não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos.

Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da “necessária atividade persecutória do Estado”, a “supremacia do interesse público sobre o individual”. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo – não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente – **não tem lugar em matéria penal e processual penal**. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro ILMAR GALVÃO) que a interpretação sistemática da Constituição “leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”. **Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso, retornaremos à barbárie.**⁹²(Grifos nossos)

Quanto a cautelaridade, esta simplesmente não existe nas prisões decretadas sob o fundamento de garantia da ordem pública. Toda medida cautelar que vise tutelar a paz social, coibir a reiteração em delito⁹³ (prevenção especial), tenha por objetivo atender a um “clamor público”, assegurar a confiabilidade das instituições⁹⁴ ou demais

⁹² HC/SP 95.009-4 (Rel. Min. Eros Grau). Voto do min. relator.

⁹³ Tal fundamentação é possível para o STF, sendo esta o entendimento consolidado da Corte: “EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS: QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA: IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE MOTIVAÇÃO INIDÔNEA DE PRISÃO PREVENTIVA: IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONHECIDO PARCIALMENTE E, NESSA PARTE, DENEGADO. (..)

3. A possibilidade de reiteração delitiva constitui fundamento idôneo para a decretação da custódia cautelar, desde que evidenciada, como no caso, em dados concretos do processo-crime.

4. Habeas corpus conhecido parcialmente e, nessa parte, denegado” (HC n. 119.385, Re. Min. Carmem Lúcia, DJ 18.12.2013). (Grifos nossos).

⁹⁴ V.g., no julgamento do HC/SP 80.717 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), o STF reafirmou o cabimento de prisão preventiva “em consequência dos graves prejuízos causados às credibilidade das instituições públicas, sendo esta a jurisprudência firmada da Corte:

HABEAS CORPUS. JULGAMENTO. PEDIDO DE ADIAMENTO. SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DO ADVOGADO NA SESSÃO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PREVENÇÃO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. SÚMULA/STF 394. CANCELAMENTO. CONEXÃO ENTRE TRÊS AÇÕES PENAIIS. ALEGAÇÃO DE OBRIGATORIEDADE DE REUNIÃO DE PROCESSOS AFASTADA. CPP, ART.

panaceias são completamente incompatíveis com o instituto cautelar. Como já tratamos neste trabalho, a prisão cautelar, ao ser manejada sob fundamentos da prisão-pena, perde sua natureza de cautelaridade, se transformando apenas em antecipação da pena, o que é completamente inaceitável sob a égide do devido processo legal, presunção e inocência e ampla defesa.

O “clamor público”, ou “clamor social”, ou ainda “clamor popular” especialmente, guarda uma lógica ainda mais perversa: a espetacularização do processo penal. Pautado pela mídia, mancomunada com o Ministério Público, polícias e seus patronos dos poderes legislativo e executivo, o espetáculo do processo penal, não é de hoje⁹⁵; porém na nova república tem ganhado dimensões assustadoras, tanto pelo avanço dos meios de mídia, quanto pelo aumento da fé na pena, seja em seu caráter retributivo, seja pela crença no mito da ressocialização pelo cárcere. O clamor popular é noticiado pela mídia em um processo retroalimentar: a mídia elege o espetáculo, aponta vilões e heróis e trata, ela mesma, de constituir a culpa e cominar a pena (qual seja: a destruição completa da honra do indivíduo). Dessa forma, exerce poder de pauta sobre as casas legislativas, sobre as políticas públicas de segurança (como é o caso da lamentável guerra às drogas) e sobre decisões do Poder Judiciário (como no controverso julgamento do *Habeas Corpus* que tinha como paciente o ex-presidente Lula [HC 15.2752/PR, Rel. Min. Edson Fachin], que contou com a divulgação – no maior telejornal do país – de declarações de cunho ameaçador do comandante do Exército Brasileiro, justamente na véspera do julgamento, frisando o que o Exército “julga compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade”). O “clamor público”, nestes tempos do cólera se traveste da própria figura imagética do *grande irmão* de George Orwell, que tudo vê e condena, porém que não

80. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP PREENCHIDOS. APLICAÇÃO DO ART. 30 DA LEI Nº 7.492/86.

(...)

4. Verificados os pressupostos estabelecidos pela norma processual (CPP, art. 312), coadjuvando-os ao disposto no art. 30 da Lei nº 7.492/86, que reforça os motivos de decretação da prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada, não há falar em revogação da medida acautelatória. **A necessidade de se resguardar a ordem pública revela-se em consequência dos graves prejuízos causados à credibilidade das instituições públicas.** 5. Habeas Corpus indeferido. (Grifos nossos)

⁹⁵ “A espetacularização do processo penal não é novidade. Na Inquisição, a colheita de provas e o julgamento eram sigilosos. Falsas delações e torturas são eficientes na obscuridade; a festa era a execução da pena de morte. Com a adoção da pena de prisão, a execução numa cela tornou-se uma rotina sem apelo jornalístico. O espetáculo deslocou-se para a investigação e o julgamento.” Em (BATISTA, Nilo. *Imprensa e a espetacularização do processo penal*. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/imprensa-e-a-espetacularizacao-do-processo-penal-por-nilo-batista>.

Acesso em 05 de junho de 2018).

tem rosto; se o quarto poder tivesse uma face, esta seria a dos homens que exercem seus podres poderes em nome do “clamor público” de um povo que tem seus reais clamores quase nunca noticiados.

Apesar de recorrentemente constar em decisões de primeira e segunda instância como único fundamento de prisões preventivas, o STF firmou entendimento que apenas o clamor público ou a repercussão do crime não bastam de motivação para a prisão preventiva. A saber: “a repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva” (STF, *RT*, 549/417). Entretanto, para o STF, atualmente, a “probabilidade de reiteração delitiva” e a “gravidade concreta dos fatos”, e a “credibilidade das instituições” são justificativas válidas para, sob a fundamentação da garantia da ordem pública, decretar a prisão preventiva.

Ao estabelecer a garantia da ordem pública enquanto fundamentação da prisão preventiva, o legislador originário do Código (e os suscetíveis reformadores) estabeleceram uma armadilha semântica: a lei exige que a prisão preventiva seja fundamentada, e estabelece um rol taxativo de fundamentos para tal, porém o legislador insere – entre as fundamentações possíveis –, uma cláusula abstrata, não passível de controle jurisdicional; é dizer “a fundamentação é necessária, mas qualquer fundamentação serve”.

Desta feita, a prisão cautelar fundamentada na garantia da ordem pública, por não sustentar caráter cautelar, é patentemente inconstitucional.

b) Garantia da ordem econômica:

Neste caso, a sistemática vai no mesmo sentido da garantia da ordem pública. Isso porque em ambas não estão presentes as funções verdadeiramente cautelares do processo.

O Código de Processo Penal, em sua edição de 1941, não contava com esta hipótese de fundamentação, que passou a compor a norma apenas por meio da Lei n. 8.884 de 1994 (a Lei Antitruste, já revogada pela Lei nº 12.529, de 2011). Ocorre, porém, que a Lei dos Crimes de Colarinho Branco (Lei n. 7.492, de 1986) já previa, em seu art.

30⁹⁶, dispositivo semelhante: a prisão preventiva “do acusado da prática de crime previsto nesta Lei”, que poderá ser decretada “**em razão da magnitude da lesão causada**”.

A fundamentação da prisão preventiva com base na garantia da ordem econômica foi uma opção no mínimo infeliz, seja pelo fato de ser **desnecessária e ineficaz**, como aponta PACELLI;

Em primeiro lugar, acreditamos que a referência expressa à garantia da ordem econômica seja absolutamente inadequada, não resistindo a qualquer análise mais aprofundada que se faça sobre ela. Aliás, semelhante modalidade de prisão foi incluída no art. 312 do CPP, pela Lei 8884/, de 11 de junho de 1994, a chamada Lei Antitruste, que cuida de ilícitos administrativos e civis, contrários à ordem econômica, revogada já pela Lei 12.529/11.[...]

Se no entanto, o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição de condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública, **Mesmo aqui, o sequestro e a indisponibilidade de bens e valores dos responsáveis ainda nos pareceriam medidas mais eficientes**, ao menos sob tal perspectiva (da proteção da ordem econômica).⁹⁷ (Grifos nossos).

Ou ainda, seja pela sua aplicabilidade, que é **ou inconstitucional**, se considerada como fundamentação autônoma; **ou apenas subsidiária da garantia da ordem pública**, não sendo utilizada como fundamento próprio, como ensina o Min. Sepúlveda Pertence;

A cláusula “**sem prejuízo do disposto no art. 312 do C. Pro. Pen.**”, se pode emprestar, no contexto, o significado de que a “**magnitude da lesão**” passa a constituir uma razão autônoma para a prisão preventiva, além das previstas no preceito referido do Código – hipótese em que a terá revogado a Constituição, por inconstitucionalidade superveniente.

Mas, o texto legal admite outra leitura: a de que a “**magnitude da lesão causada**” só poderá alicerçar a prisão processual quando, em decorrência dela, se concretize um dos motivos tradicionais da prisão preventiva – a

⁹⁶ Art. 30. Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada. (BRASIL, Lei n. 7.492, de 1986).

⁹⁷ PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 555.

conveniência da instrução criminal, a segurança da aplicação da lei pena e a garantia da ordem pública, previstos no art. 312 do Código, ao qual é a L. 5.349/67 aditou o da “**garantia da ordem econômica**”.⁹⁸ (Sublinhamos. Grifos no original).

c) Conveniência da instrução criminal:

É uma fundamentação de caráter cautelar, por excelência, dada sua instrumentalidade; qual seja: a tutela da prova.

Nesse sentido, o perigo que imputado pode apresentar ao processo pode ser desde **ameaças** ou tentativas de subornos à vítima, testemunhas, juiz, peritos e membros do ministério público que atuam junto ao feito – na tentativa de criar embaraços ao normal desenrolar dos atos processuais –, como também apresentar risco de destruição de provas documentais, ou dificultar a coleta das mesmas por meio de adulterações da cena do crime.

Há distorção do dispositivo quando este é usando como coação, de forma a forçar o imputado a “colaborar com as investigações”, . Ora, o indiciado ou acusado não tem dever algum de “colaborar” com o processo persecutório ao qual está sendo submetido, não havendo a obrigatoriedade de participar de atos probatórios (como reconstituição, acareação, reconhecimento etc). A ele, cabe o direito de não auto incriminação (*nemo tenetur se detegere*), optando por permanecer em silêncio se assim desejar. Como exemplo desta degeneração, citamos o julgado monocrático abaixo:

Da mesma forma, não sabe prisão preventiva fundada na conveniência da instrução criminal a fim de que o imputado seja submetido a interrogatório, isso porque o interrogatório pessoal é um momento de defesa pessoal, não havendo sentido algum em prender alguém para que este exerça seu direito de defesa.

Igualmente, à exemplo das outras hipóteses de fundamentação, a prisão que tem por fundamento a conveniência da instrução criminal não pode se assentar em meras suposições, e sim em fatos concretos. Neste sentidos, os julgados:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AMEAÇA A TESTEMUNHAS. **CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.**

⁹⁸ HC/SP 80.717-8 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Plenário. Voto do Min. Relator.

A privação cautelar da liberdade do paciente **está fundada em elementos concretos e não em mera abstração do Juiz**, como sustentado na impetração. No decreto de prisão cautelar **há referências de ameaças a testemunhas**, sendo que uma delas requereu sua inclusão no programa de proteção a testemunhas. A necessidade da custódia preventiva é robustecida pelo comprometimento da oitiva, no Tribunal do Júri, das testemunhas ameaçadas. Ordem denegada.⁹⁹ (Grifos nossos).

HABEAS CORPUS Nº 321.250 - SP (2015/0085173-0) RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ IMPETRANTE: MARIA LUCIA DE PAIVA ADVOGADO : MARIA LUCIA DE PAIVA IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE: ROBSON PEREIRA DAMACENO (PRESO) DECISÃO ROBSON PEREIRA DAMACENO (...)

No caso, da análise dos autos, não verifico a plausibilidade jurídica do direito invocado. O paciente foi denunciado como incurso no art. 121, § 2º, I e III por haver, supostamente, no dia 2/4/2013, matado sua companheira Laiza Paredes Leal, asfixiando-a com um fio de aço, por motivo torpe (obtenção de prêmio do seguro de vida familiar contratado). O Juízo monocrático consignou, a respeito do indeferimento da custódia preventiva: 4) INDEFIRO o pedido de prisão preventiva do denunciado, uma vez que não há comprovação de que o réu tenha interesse em fugir para local incerto e não sabido dentro do território nacional (fl. 19). O Tribunal de Justiça, por sua vez, ao julgar o Recurso em Sentido Estrito n. 0009591-70.2014.8.26.0268, decretou a prisão preventiva por evidenciar que a permanência do paciente em liberdade, neste momento processual, representa inequívoco risco à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação da lei penal, nos seguintes termos: 1) à ordem pública, porquanto demonstrou periculosidade exacerbada, consubstanciada, sobretudo, no modo como supostamente perpetrou o crime hediondo em tela - por motivo torpe (razões financeiras) e, mediante asfixia, contra sua companheira e mãe de suas filhas; **2) à instrução criminal, pois é possível se inferir da transcrição das conversas** (decorrente de quebra de sigilo telefônico, judicialmente autorizado), acostada a fls. 382/401, **a sua efetiva pretensão em dificultar o alcance das investigações e sua preocupação com relação às declarações da família da vítima**, tanto que, em um dos diálogos, tendo como interlocutor seu amigo Rodrigo, disse-lhe, referindo-se aos

⁹⁹ (STF - HC: 89594 MG, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 19/09/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13-10-2006 PP-00068 EMENT VOL-02251-02 PP-00461 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 466-470)

investigadores de polícia: ...eles não tem nada, cara, é a família, é o irmão da Laiza, é os irmãos da Laiza que me preocupam cara sic, fl. 399. Ademais, consoante se depreende das declarações prestadas por Estevam Leonardo Paredes Leal, irmão da ofendida, o recorrido lhe disse, enfaticamente: (...) **se vocês continuarem colaborando nas investigações as coisas irão piorar (sic, fl. 231), a revelar sua clara intenção em não colaborar com a instrução criminal.** 3) à aplicação da lei penal, porque, data venia, se o juízo a quo, entendendo haver suspeitas de que ele venha a evadir-se do país (sic, fl. 252) já determinou a busca e apreensão de seu passaporte, pelos mesmos motivos remanesce o risco de que, mesmo que permaneça em território nacional, venha se furtar à eventual responsabilização penal, evadindo-se do distrito da culpa. E, todas essas circunstâncias, somadas, evidenciam que medidas alternativas outras não seriam suficientes, na hipótese, para inviabilizar a prisão processual, efetivamente necessária e pertinente, tal como busca a acusação. Portanto, diante da prova da existência do crime e de indícios de autoria, presentes, ainda, os demais requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal a decretação da custódia cautelar, in casu, se faz necessária. (fl. 22/23). Ora, a jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, para submeter alguém à prisão cautelar, é cogente a fundamentação concreta, sob as balizas do art. 312 do CPP. Sob essa premissa, a um primeiro olhar, se mostram suficientes as razões invocadas no acórdão proferido pelo Tribunal de origem para embasar a manutenção da prisão preventiva do paciente, porquanto contextualizado, em dados concretos dos autos, o periculum libertatis. À vista do exposto, indefiro a liminar. Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora, bem como ao juízo de primeiro grau. Em seguida, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação. Publique-se e intimem-se. Brasília (DF), 15 de abril de 2015. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ¹⁰⁰

d) Assegurar a aplicação da lei penal:

Igualmente ao fundamento da conveniência da instrução cautelar, trata-se de medida de natureza verdadeiramente cautelar.

Diz respeito ao perigo de fuga; ou seja, é a fundamentação embasada no risco que o imputado apresenta de se ver livre da sanção penal eventualmente cominada ao

¹⁰⁰ (STJ - HC: 321250 SP 2015/0085173-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 17/04/2015)

delito supostamente praticado. Assegurar a aplicação da lei penal, sente caso, significa assegurar a aplicação da pena e, para isso, deve o eventual culpado estar ao alcance do Estado.

Este risco de fuga não pode ser constatado por meras projeções do juiz ou tribunal, e sim por fatos concretos, como ensina o Min. Eros Grau:

A custódia cautelar voltada à garantia da ordem pública não pode, igualmente, ser decretada com esteio em mera suposição – vocábulo abundantemente usado na decisão que a decretou – de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinquindo. Seria indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da medida extrema.¹⁰¹

e) Descumprimento de medida cautelar diversa da prisão.

Não se trata de *periculum libertatis* em si, se tratando apenas de cláusula dispostas no parágrafo único do art. 312 do CPP¹⁰², não havendo relação instrumental entre a prisão preventiva e a tutela (que é o instrumento) do processo (que o “objeto” a ser tutelado). Na realidade, a prisão, neste caso, se justifica pela ineficiência das medidas cautelares alternativas, vez que foram violadas pelo agente.

O que ocorre, portanto, é que a prisão preventiva (medida mais gravosa) pode ser utilizada em substituição à medida alternativa (menos gravosa); porém, a medida cautelar inicialmente cominada era suficientemente apta à tutela do processo. Assim sendo, a prisão, neste caso, é decorrente do descumprimento da medida cautelar alternativa, não assentando-se sobre as demais hipóteses de *periculum libertatis* tratadas acima.

Dessa forma, deve o magistrado atentar ao princípio da proporcionalidade, devendo realizar juízo de adequação a fim de determinar uma ou mais medidas alternativas mais gravosas em substituição à medida anteriormente descumprida; utilizando, assim, a prisão em último caso.

¹⁰¹ HC/SP 95.009-4 (Min. Rel. Eros Grau). Voto do min. relator.

¹⁰² Art. 312. (...)

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Por fim, decretação de medidas cautelares diversas à prisão, assim como decretação de prisões provisórias, devem estar presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertades*. Porém no caso onde estão presentes as fumaças, **mas a situação fática não se encaixa na cláusula de elemento subjetivo e dosimetria do tipo** (art. 313 do CPP, I), **será impossível substituir a medida alternativa por prisão preventiva.**

Já no caso de estarem presentes o *fumus commissi delicti*, o *periculum libertatis*, **somadas** às hipótese de cabimento quanto ao dolo e dosimetria da pena privativa de liberdade (igual ou maior que 4 anos), se descumpridas as medidas alternativas, pode ser declarada a prisão preventiva.

3.3.4. Hipóteses de cabimento

Para que seja aplicável a prisão preventiva, há a necessidade de estarem presentes o *fumus commissi delicti*, o *periculum libertatis*, porém não sob qualquer tipo penal. A seguir, vamos às hipóteses de cabimento da prisão preventiva.

Note-se que as medidas cautelares em geral, por se tratarem de restrição de direitos, necessitam tanto do *fumus commissi delicti* como do *periculum libertatis* para que sejam aplicadas; assim sendo, os casos não abarcados pelas hipóteses abaixo não ensejam prisão preventiva, apesar de – uma vez presentes o requisito e fundamentação adequada – possam ensejar medidas alternativas cautelares alternativas.

a) Elementos subjetivos do tipo e pena cominada

Estabelece o parágrafo único do art. 312 a **condição *sine qua non*** para aplicabilidade da prisão preventiva, qual seja:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

Trata-se de critério embasado na gravidade do delito, que por sua vez é mensurado, na sistemática do Código Penal, pela pena cominada ao crime. Assim

sendo, como já reiteramos, não cabe prisão preventiva em casos em que a pena máxima é de quatro anos (e não superior), como no crime de furto (art. 155 do CP), por exemplo.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, assenta BITTENCOURT:

*Os elementos subjetivos que compõem a estrutura do tipo penal assumem transcendental importância na definição da conduta típica, pois é através do *animus agendi* que se consegue identificar e qualificar a *atividade comportamental* do agente. **Somente conhecendo e identificando a intenção — vontade e consciência — do agente poder-se-á classificar um comportamento como típico**, especialmente quando a figura típica exige, também, um *especial fim de agir*, que constitui o conhecido *elemento subjetivo especial do tipo*, que, para a corrente tradicional, denominava-se *dolo específico* (terminologia completamente superada).¹⁰³ (Grifos nossos).*

Diz respeito, portanto, à intenção do agente em praticar a conduta. Condutas delitivas que são praticadas sem intencionalidade, por regra, não são puníveis; as exceções, porém, são expressamente criminalizadas em tipos próprios. É que optou-se, na perspectiva analítica do delito, pela teoria bipartida do crime no ordenamento brasileiro; logo, o elemento subjetivo/volitivo (intenção do agente), compõe o tipo penal. Novamente, aí, faz-se um outro juízo de valor: a prisão preventiva pode somente ser destinada ao agente intencionado à prática do crime.

Em caso de requalificação de tipo doloso para culposo, desta feita, não pode subsistir eventual prisão preventiva.

b) Reiteração no crime.

O inciso II do art. 313 assim estabelece:

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;¹⁰⁴

Trata-se de estigmatização do egresso do sistema carcerário, um verdadeiro descabimento, pois não representa cautelaridade alguma. Ora, a pena cominada ao

¹⁰³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 762.

¹⁰⁴ Código de Processo Penal, de 1941

crime, uma vez cumprida, deve extinguir seus efeitos; neste caso, o imputado é encarcerado a partir de uma presunção de culpabilidade por ter delinquido. Trata-se de hipótese fundada em prevenção especial, o que secundamente não deveria ser uma função da prisão cautelar.

Para além da ofensa à presunção de inocência e degeneração do instituto (pois não há cautelaridade), a prisão preventiva autorizada por reincidência constitui *bis in idem* punitivo, uma verdadeira aberração.

Cabe denunciar que na abordagem policial é extremamente recorrente o agente de política inquirir ao “averiguado” se este possui alguma condenação penal, sendo a reincidência um dos critérios utilizados pelos agentes públicos para diferenciar o usuário do traficante, por exemplo. Trata-se, neste exemplo da abordagem policial, de criminalização secundária (levada a cabo pelas forças de segurança), no os olhos do Estado estão voltados a estes indivíduos, de forma a selecioná-los em relação a totalidade dos cidadãos que possam a vier a delinquir; não atoa, esta lógica de criminalização corrobora para a perpetuação do estigma em relação às páreas egressas do cárcere, assim como para a própria reincidência em si.

c) Violência doméstica

Inicialmente incluso pela Lei n. 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha), tal hipótese de cabimento era assim redigida: *se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*¹⁰⁵.

Posteriormente, a Lei. n 12.403 de 2011 englobou a criança, o adolescente, o idoso, enfermo ou pessoa com deficiência que possam a vir a sofrer violência em um contexto doméstico, passando a vigorar esta redação:

III - 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;¹⁰⁶

¹⁰⁵ Art 313, IV do Código de Processo Penal de 1941. (Redação dada pela lei 11.340 de 2006. Dispositivo atualmente revogado).

¹⁰⁶ Código de Processo Penal, de 1941.

Tanto a Lei Maria da Penha, quanto a reforma de 2011 não estabeleceram uma nova hipótese de *periculum libertatis*, o que seria mais apropriado; devendo as alterações terem sido feitas no art. 312. Como se encontra redigido o dispositivo, não fica clara qual a tutela a que se pretende a prisão preventiva neste caso.

Na realidade, é obvio que a tutela se trata da vítima de violência doméstica, porém se trata de desvirtuação do instituto. Que a violência doméstica é um problema sério, sistêmico e de necessário enfrentamento, isso não resta dúvidas, porém a sistemática atual acaba por deixar o instituto frágil, dada a ausência de cautelaridade processual da medida.

Melhor seria, portanto, que o legislador houvesse estabelecido medida protetiva de urgência na própria sistemática do Código de Processo Penal, contemplado a restrição de liberdade fundada em *fumus commissi delicti* (indícios suficientes de materialidade e autoria de violência doméstica [art. 7º da 11.340/2006]) e *periculum libertatis* próprio a este instituto, qual seja a proteção da vítima de violência doméstica. Apenas as medidas protetivas de urgência estabelecidas no art. 22 da Lei Maria da Penha, em conjunto com o inciso III do art. 313 do CPP constituem sustentabilidade jurídica frágil para tutela de vítimas de violência doméstica, em especial as mulheres.

d) Dúvida quanto à identidade civil

Esta hipótese de cabimento foi inserida no código por meio da reforma de 2011, *in verbis*:

Parágrafo único. 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.¹⁰⁷

A identificação criminal é tema sensível, porquanto dotado de tutela constitucional. A saber:

¹⁰⁷ Código de Processo Penal, de 1941.

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;¹⁰⁸

A garantia constitucional em questão é regulamentada pela Lei n. 12.037 de 2009, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado.

Esta hipótese de cabimento da prisão preventiva é temerária, pois abre margem de interpretação de que se trata de hipótese da “prisão para averiguação” dos tempos ditatoriais. O *periculum libertatis* o qual o CPP nos faz entender é o **perigo decorrente da não identificação**, possibilitando, ainda, em cotejo com a Lei n. 12.037, a identificação criminal ante a identificação civil precária, nos casos de:

- I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
- II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
- III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
- IV – **a identificação criminal for essencial às investigações policiais**, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá **de ofício** ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
- V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
- VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.¹⁰⁹ (Grifos nossos)

Note-se que o dispositivo acima, em seu parágrafo IV, além de prever o ativismo acusatório do magistrado, estabelece cláusula em aberto na forma do “entender essencial para as investigações”. Logicamente, é necessário identificar imputados, porém a norma em questão possibilita que o acusado seja submetido à recolhimento de impressões digitais, podendo gerar provas contra si mesmo, em ofensa ao *nemo tenetur se detegere*.

A prisão preventiva para identificação criminal não leva em consideração a natureza do crime ou a quantidade da pena, a cautelaridade – neste caso – diz respeito

¹⁰⁸ BRASIL, Constituição Federal de 1988.

¹⁰⁹ Art. 3º, parágrafos, BRASIL, Lei n. 12.037 de 2009.

ao próprio direcionamento da imputação, que pode ou não vir a existir. Caso o indivíduo seja preso preventivamente com base na ausência de identificação, uma vez identificado, deverá ser solto caso não haja outros pressupostos da preventiva.

3.3.5. Repercussão social

A prisão preventiva é a grande responsável pelo encarceramento cautelar em massa que presenciamos no cenário brasileiro, vez que a prisão em flagrante não costuma subsistir por muito tempo em função da crescente implementação das audiências de custódia, na qual a mera detenção pode ser convertida em medida cautelar (entre elas a prisão provisória) de fato ou anulada dada sua ilegalidade. No caso da conversão de prisão em flagrante em prisão temporária, esta última, por ter prazo definido em lei, também não costuma subsistir. É, portanto, na prisão preventiva que a presunção de culpabilidade encontra seu maior instrumento.

É certo que há casos onde, dada a real necessidade da tutela processual, a prisão preventiva se faz necessário; porém nem todas de suas hipóteses de cabimento contemplam a real cautelaridade ao qual se propõe o instituto.

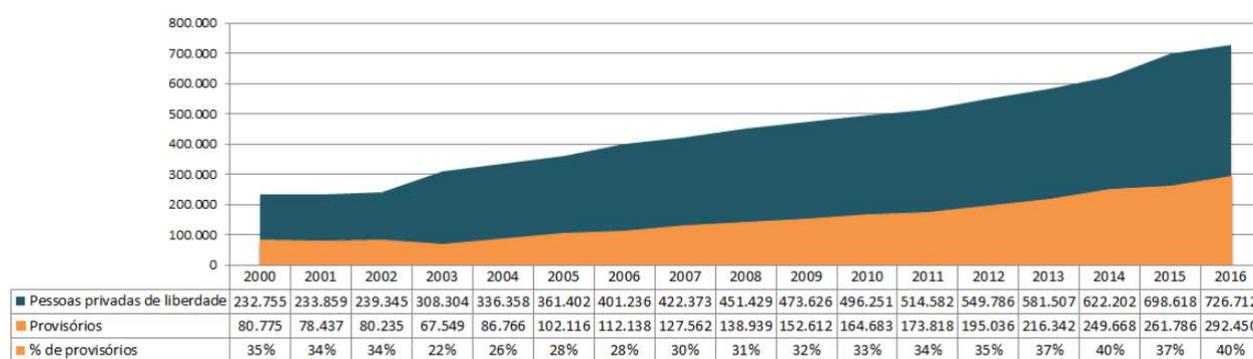
No centro deste drama, está a ausência de fundamentação expressa quanto à impossibilidade de aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, como já mencionamos na ocasião da discussão sobre a ADPF 347 no decorrer deste trabalho.

Isso se reflete na vergonhosa marca de mais de 40% de encarcerados sem condenação, de um grotesco total de 726.712 aprisionados em junho de 2016¹¹⁰; hoje, de acordo com a tendência histórica, este número deve superar a marca dos 800.000 encarcerados.

Isso porque desde 2000, início da série histórica do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça, até junho de 2016, o crescimento de presos provisório foi de mais 262%!

¹¹⁰ Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, junho/2016.

Gráfico 1. Evolução da população prisional provisória entre 2000 e 2016



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, dezembro de cada ano.

Mesmo após a vigência da Lei n. 12.403/2011, o cenário não tem dado evidências de evolução: de 2006 a 2011, a população presa sem condenação cresceu 35,49%, representando em números absolutos 61.680 presos; já entre 2011 e 2016, o aumento foi de 40,56%, representando um crescimento total de mais de 118 mil presos.

Somado a isso, há ausência de separação entre presos preventivos e condenados. Apesar de a Constituição Federal garantir que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”¹¹¹.

Desse convívio em ambiente dantesco, controlado por organizações criminosas afeitas aos mais variados tipos de criminalidade violenta ou não, os jovens, negros e pobres, que constituem a clientela do sistema penal, não recrutados para o crime organizado, fazendo do cárcere um dos pilares retroalimentadores da criminalidade. Afinal, superar o cárcere, assim como em qualquer instituição total, significa somente adaptar-se a ele; natural, portanto, que os egressos do sistema penal levem de lá a violência que receberam.

As prisões preventivas são cumpridas, dado seu evidente caráter de antecipação da pena, em regime análogo ao inicial fechado, mesmo quando a pena eventualmente cominada seria restritiva de direito ou mesmo de detenção, que não admite regime inicial fechado. Neste sentido, o abuso da medida é evidente:

Em relação ao crime de tráfico de drogas, a utilização abusiva prisão provisória é particularmente grave. Cerca de 98% dos presos em flagrante têm a prisão

¹¹¹ BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 5º, XLVIII

convertida em preventiva, mas somente 52% dos sentenciados são condenados a cumprir pena em regime fechado, o que evidencia a utilização abusiva da prisão processual. Nos crimes de receptação e furto, o mesmo quadro de grave irracionalidade se repete: apenas 10% dos presos no início do processo são sentenciados a cumprir pena em regime fechado, mesmo tendo a metade dos investigados por esses crimes permanecidos presos no curso do processo criminal.¹¹²

A degeneração das medidas cautelares, em especial as prisões provisórias, portanto, estão no centro do sistema de inserção de jovens na criminalidade. Uma vez apenados sem condenação, estes jovens desenvolvem relações de sobrevivência com organizações criminosas que controlam os presídios. Ao contrário do que faz crer a mídia do processo penal do espetáculo, a impunidade não é regra, não passando de discurso por maior criminalização de grupos vulneráveis. Uma vez alvos destes processos de criminalização primária (por quem faz a leis), secundária (por quem detecta os delitos) e terciária (por que os julga), a mesma clientela do Brasil da casa-grande e senzala continua a ser destituída de sua humanidade.

¹¹² BORGES, Ademar. **Uma proposta de redução do encarceramento preventivo** – Um passo para a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário. JOTA, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/uma-proposta-de-reducao-encarceramento-preventivo-19012017>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho nos debruçamos sobre as medidas cautelares penais a fim de descortinar seus reais fundamentos. Para tanto, fizemos um apanhado histórico do desenvolvimento da prisão-pena nas sociedades euro-ocidentais. Dessa forma, foi possível constatar que a prisão-pena e a prisão processual contam com origens, elementos e finalidades distintas.

Ao estabelecermos essas diferenças, passamos a analisar o desenvolvimento das prisões cautelares no Brasil, especialmente à luz das alterações jurisprudenciais e legislativas desde o advento do Código de Processo Penal em 1941. Ficou evidente que o Código se estruturou em uma sistemática inquisitorial a fim de instrumentalizar o processo penal a serviço dos regimes de exceção pelo qual o país passou, desde o Estado Novo à Ditadura Civil-Militar de 1964.

Com a redemocratização e o advento da Constituição Cidadã de 1988, porém, o ranço inquisitório dos tempos de chumbo permanece nas instituições públicas, perpassando as polícias, o Ministério Público, e o Poder Judiciário; todos mancomunados com a mídia na tarefa nefasta de produzir o processo penal do espetáculo.

Cria-se, assim, o mito da impunidade, e – a mando dele – o Poder Judiciário lança mão de piruetas hermenêuticas, exegeses confusas e doutrinas duvidosas para degenerar os institutos cautelares. O *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* são retorcidos e moldados ao limite do crível, apenas para dar sustentabilidade à real política criminal brasileira: o hiperencarceramento de jovens, quase todos negros, quase todos pobres.

O foco principal de tal degeneração se encontra nas prisões provisórias, quase nunca dotadas de cautelaridade: a prisão em flagrante, de natureza pré-cautelar, que não rara é utilizada como a já extirpada “prisão para averiguação”; a prisão temporária e sua absurda função de transformar o imputado em objeto da investigação, demonstrando total inépcia dos meios investigativos; e a prisão preventiva, que salvo as exceções de tutela da prova e garantia da aplicação da lei penal, tem fundamento em devaneios que não a cautelaridade do processo, entre eles a “periculosidade do agente ante à paz social”, o “clamor público”, a “integridade das instituições” entre outros.

De uma perceptiva de política criminal (qual seja: o hiperencarceramento), a prisão preventiva corresponde a um dos principais vetores restrição de direitos no Brasil. Os dados são assustadores: 40,25% de um total de 726.275¹¹³ indivíduos privados de liberdade no país não possuem condenação.

Ou seja; se é possível, dado os esforços doutrinários e jurisprudenciais, sustentar que prisão (seja cautelar, seja na forma da controversa execução provisória da pena) antes do trânsito julgado de ação penal condenatória não ofende o princípio de não culpabilidade, não há como negar que a grande massa de presos provisórios no Brasil – que sequer sustentam condenação em primeira instância – não representa uma política criminal de hiperencarceramento sumário.

Essa política se reflete em uma lógica perversa de encarceramento levado à cabo pelo desrespeito ao devido processo legal e presunção de inocência: há duas vias que levam ao apenamento ilegal: um pré-processual, por meio das prisões provisórias, e outra processual, por meio das execuções antecipadas da pena fruto de sentença penal condenatória recorrível.

Há, portanto, uma degeneração sistêmica no sistema cautelar penal brasileiro, que coloca a presunção de inocência, o devido processo legal e a ampla defesa sob a mira da Justiça. E sob a mira de uma arma, a sociedade constrói a sua “paz social”; não esqueçamos, porém, como diz o poeta, que “paz sem voz não é paz, é medo”.

¹¹³ Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, junho/2016.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A BÍBLIA.** Tentação de Eva e a queda do home. Barueri: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.
- De Groote, ***La locura a través de los siglos***, Barcelona, 1970, p. 101, Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, 1. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, cit., p. 1268.
- ADPF 347. Petição Inicial. Disponível em <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em 24 de maio de 2018.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BATISTA, Nilo. Imprensa e a espetacularização do processo penal. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/imprensa-e-a-espetacularizacao-do-processo-penal-por-nilo-batista>. Acesso em 05 de junho de 2018
- BECKER, Howard S.. ***Outsiders: estudos de sociologia do desvio***. Rio de Janeiro: Zahar, 2008
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, 1. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BORGES, Ademar. **Uma proposta de redução do encarceramento preventivo – Um passo para a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário**. JOTA, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/uma-proposta-de-reducao-encarceramento-preventivo-19012017>>. Acesso em 18 de maio de 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 1940 – **Código Penal**.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 – **Código de Processo Penal**.
- BRASIL. **Lei n. 11.340** de 2006 (Lei Maria da Penha).

BRASIL. **Lei n. 12.037** de 2009.

BRASIL. **Lei n. 7.960** de 1989.

CALÓN, Cuello. *La moderna penología*, cit., p. 303. *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 555.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R.. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. Salvador: Jus Podvm, 2016.

ZAFFARONI, E Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro vl. 1**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.