

10^o

FEPEG FÓRUM

ENSINO · PESQUISA
EXTENSÃO · GESTÃO
RESPONSABILIDADE SOCIAL: INDISSOCIABILIDADE
ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA



ISSN 1806-549 X

Autor(es): LARISSA LUCIANNE SANTOS LEAL

Prisão cautelar: a exceção que tem virado regra

Introdução

Já faz parte do conhecimento popular que o sistema prisional brasileiro é muito falho e não consegue, na maior parte das vezes, alcançar seu objetivo principal: prevenção ao crime e ressocialização. Problemas nas unidades prisionais existem desde sua fundação no início do século XIX. Outro problema que há muito assola o sistema penitenciário é a superlotação, fato que agrava ainda mais a situação. Portanto medidas preventivas que busquem amenizar a superlotação podem contribuir para que o Estado atinja as reais finalidades das prisões, para isso é preciso que essa medida coercitiva não seja injusta, desnecessária ou cruel.

A Lei n. 12.403/2011 teve como escopo evitar o encarceramento provisório do indiciado ou acusado, quando não houver necessidade da prisão. A custódia cautelar tornou-se medida excepcional, portanto só será imposta se for imprescindível e, portanto, incabível sua substituição por outra medida menos drástica capaz de tutelar a eficácia do processo. A lei em questão ampliou significativamente o rol de medidas cautelares proporcionando ao juiz a escolha da providência mais adequada ao caso concreto. São medidas cautelares diversas da prisão, por exemplo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos e a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira.

Todavia, a cultura prisional arraigada no país, o apelo social, o discurso retrogrado de defesa ao cárcere que ganha cada dia mais espaço na mídia têm transformado a exceção em regra. A realidade que se mostra atualmente é a banalização da prisão cautelar preventiva, fato que sobrecarrega ainda mais o sistema penitenciário. Assim, constata-se que na prática a aplicação de medidas cautelares de natureza pessoal tem demonstrado mais retrocesso que avanço na aplicação da lei processual penal brasileira, uma vez que atinge diretamente princípios constitucionais como da não culpabilidade, da jurisdicionalidade e da proporcionalidade.

Material e métodos

O Método escolhido para a abordagem é o Dedutivo por ser mais adequado ao presente estudo, uma vez que se parte da análise de uma situação geral para se chegar a uma conclusão acerca de um caso concreto e particular. Selecionou-se como método de procedimento a pesquisa o dedutivo, objetivando evidenciar, por meio de um processo racional, que há, atualmente um excesso na aplicação de prisões cautelares, que devendo ser de caráter de *ultima ratio*, vem sendo usado como medida prioritária, levando a banalização. A técnica de pesquisa empregada é a Bibliográfica, por permitir ponderações feitas a partir da leitura de livros, artigos, além de diferentes obras doutrinárias e legislativas, a fim de ampliar a compreensão da temática abordada e facilitar um posicionamento frente às diversas vertentes teóricas

Resultados e discussão

Toda prisão pressupõe uma supressão ou limitação da liberdade de alguém. A prisão preventiva, não é diferente. Essa medida coercitiva consiste em uma limitação provisória da liberdade do imputado. É decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia do processo. É, portanto, uma tutela cautelar que incide sobre os direitos fundamentais do homem, naquilo que ele tem de mais precioso: a sua liberdade. Por isso a prisão é a medida mais gravosa prevista em nosso código. Destarte, criou-se Lei 12.403/11 que teve como escopo prevenir o encarceramento provisório do indiciado ou acusado, quando a prisão não se mostrar imperativa.

Nesse diapasão, a lei 12.403/11 seguiu uma à tendência mundial consolidada pelas diretrizes fixadas nas Regras das Nações Unidas, as chamadas Regras de Tóquio, de 1990. Além da patente necessidade de reforma do Código de Processo Brasileiro frente à ordem constitucional de 1988, visto que a aplicação de medidas cautelares de natureza pessoal acarretam restrições a direitos constitucionalmente resguardados.

O princípio constitucional que primeiro deve ser aplicado às medidas cautelares de natureza pessoal é o Princípio da Presunção de Inocência também denominado por Princípio da Não Culpabilidade. Esse princípio, conforme pontua Eugênio Pacelli, sustenta-se no dogma da liberdade previsto no artigo 5º inciso LVII da Constituição de 1988 “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Portanto, evidencia-se o caráter excepcional da prisão, para casos de estrita necessidade. É preciso ponderar esse instrumento cautelar ao princípio constitucional analisado. Outro princípio que deverá ser aplicado é o da Jurisdicionalidade que condiciona a aplicação

10^o

FEPEG FÓRUM

ENSINO · PESQUISA
EXTENSÃO · GESTÃO

RESPONSABILIDADE SOCIAL: INDISSOCIABILIDADE
ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA



ISSN 1806-549 X

das medidas cautelares à manifestação fundamentada pelo Poder Judiciário, como preceitua a Constituição em vários incisos do art.5º como no inciso LIV que enfatiza que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e o inciso LXVI que destaca que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. O terceiro princípio indispensável à aplicação das medidas cautelares em estudo é o Princípio da Proporcionalidade que permite a aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos abusos do Poder Público.

É imperioso ressaltar que a Lei 12.403/11 trouxe diversas mudanças para o Processo Penal, contudo no presente estudo destacar-se-á as mudanças promovidas em relação às medidas cautelares, especialmente a mais gravosa delas, que é a prisão preventiva. Para Renato Brasileiro de Lima antes da Lei 12.403/11 a reduzida gama de opções de medidas cautelares de natureza pessoal, que se resumiam em duas (prisão cautelar ou liberdade provisória), era causa de evidente prejuízo tanto à liberdade de locomoção do agente quanto à própria eficácia do processo penal. Desse modo, uma vez que o juiz dispunha de opções muito limitadas, restava-lhe decretar a medida extrema de privação de liberdade do acusado ou não decretar, mas colocava em risco a própria eficácia do processo. A Lei em comento buscando amenizar medidas tão radicais como a prisão cautelar restringiu sua aplicação de modo a tornar mais difícil sua imposição. Para tanto, prescreveu hipóteses legais de prisão preventiva, contempladas no art. 313 do CPP, tais como sua restrição a crimes dolosos punidos com pena máxima superior a quatro anos (inciso I).

Em recente relatório de *habeas corpus*, o ministro Teori Zavascki pontua três premissas para aplicação da prisão preventiva à luz dos pressupostos que a Lei 12.403/11 impôs como obrigatórios. A primeira delas é a de que essa medida cautelar é a mais grave no processo penal, uma vez que desafia o direito fundamental da presunção de inocência, razão pela qual deverá ser uma exceção. A segunda premissa reforça a imperiosidade dos pressupostos augurados no art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam a prova da existência do crime (*fumus comissi delicti*) e o indício suficiente de autoria. Adverte ainda que esses pressupostos, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo devendo a eles se agregarem pelo menos mais um dos seguintes fundamentos do *periculum libertatis* previsto no artigo 312 do CPP (que para o ministro são indicativos da razão determinante da medida cautelar) são eles: a garantia da ordem pública; a garantia da ordem econômica; a conveniência da instrução criminal; a segurança da aplicação da lei penal. A terceira e última premissa observada por Zavascki é a imprescindibilidade do encarceramento do acusado, evidenciando ser é o único modo eficaz para afastar o risco (*periculum libertatis*), ou seja, de que nenhuma das medidas alternativas indicadas no art. 319 do CPP tem capacidade para, no caso concreto, alcançar os mesmos fins.

Nesse diapasão, Renato Brasileiro leciona que o uso abusivo da prisão cautelar é medida extremamente deletéria por colaborar para diluições familiares e profissionais, além de submeter os presos a estigmas sociais. Brasileiro menciona ainda que é essa uma das causas dos altos índices de reincidência no país, que chegam a 85%. Aponta que o uso excessivo do cárcere *ad custodia* (cautelar) também coopera para uma crescente deterioração da situação das já superlotadas e precárias penitenciárias brasileiras. Outra observação importante apontada pelo doutrinador é que a prisão cautelar tem como escopo assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal, por isso não pode ser decretada para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia. Observa ainda que movido pelas hipóteses de clamor público e repercussão social do fato delituoso, o Supremo Tribunal Federal (HC 79.781/SP- Rel. Min. Sepúlveda Pertence) já decidiu que não constituem fundamentos idôneos para decretação de prisão preventiva, se usados isoladamente: o clamor público; a consideração de que, interrogado, o acusado não haja demonstrado interesse em colaborar com a justiça; a afirmação a ser acusado capaz de inferir nas provas e influir em testemunhas; o subtrair-se o acusado ao cumprimento de decreto anterior ilegal de prisão processual.

Oportuna, nesse sentido, a colocação de Fernando Capez quanto pronuncia que a prisão cautelar deve ser imposta apenas para afiançar a real finalidade do processo que é viabilizar a correta diligência da persecução penal. Não possuindo relação apenas com a gravidade da acusação, tampouco com o clamor popular, mas com a satisfação de necessidades acautelatórias da investigação criminal e respectivo processo. É sabido que a exposição de presos cautelares na mídia é uma constante, tal situação leva à prisão cautelar desviar-se de finalidade, para aparentar eficácia e aplacar o clamor público.

Não obstante as ponderações doutrinárias e legais, são notórios os contornos midiáticos que os processos ganham, influenciando erroneamente à prisão provisória que deixa de ser a *extrema ratio* para ser uma resposta rápida à sociedade, embora seja uma resposta desleal. Por conseguinte, o número de presos cresce assustadoramente como as pesquisas tem apontado. A pesquisa apresentada pelo G1 em 2015, por exemplo, abaliza que o número de presos dobrou em dez anos, passando dos 600 mil. Todavia, além do temível crescimento do número de detentos, outro fato que chama a atenção é o conhecimento de que 39% desses presos são provisórios. Os dados coadunam com os divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça que mostram que em 2014 o número de detentos aproximava-se dos 600 mil e naquele momento, 41% dos presos eram provisórios.

10^o

FEPEG FÓRUM

ENSINO • PESQUISA
EXTENSÃO • GESTÃO

RESPONSABILIDADE SOCIAL: INDISSOCIABILIDADE
ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA



ISSN 1806-549 X

Conclusão

Assuntos ligados a crimes e violência são de grande interesse da sociedade em geral. Durante a construção da temática do presente trabalho percebeu-se o influente anseio de minimizar a criminalidade, contudo por meios imediatistas que só dão a falsa impressão de solução, quando na verdade só aumenta o problema. A prisão preventiva vem sendo desvirtuada de sua finalidade que é assegurar a correta apuração e sanção para o fato delituoso além de proteger a coletividade, minimizando o risco de reiteração.

É comum deparar-se atualmente com a influência da mídia sobre os pressupostos da prisão *ad custodiam* nos casos de repercussão, atingindo diretamente nas decisões tomadas pelos juízes. Consta-se ainda que o grande espaço de casos delituosos na mídia atua diretamente na opinião popular, incutindo na sociedade a falsa noção de que a prisão é o símbolo do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Sabe-se, por outro lado, que as prisões decretadas nessas condições vão contra princípios constitucionais como da presunção da inocência, da jurisdicionalidade, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Ademais, a banalização das prisões cautelares só agrava o problema da superlotação nos presídios.

Vale salientar, que apesar da ampliação do rol de medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, previstas no código penal por meio da Lei 12.403/2011, uma gama de magistrados em suas decisões não tem aplicado tais medidas. Isso se deve tanto à pressão e repercussão dos meios de comunicação, em meio à população, quanto à convicção pessoal e ultrapassada de alguns magistrados que veem a prisão como a única medida eficaz para a garantia da persecução e da prevenção ao crime.

Nesse sentido a pesquisa jurisprudencial e bibliográfica demonstra os aspectos aqui mencionados, evidenciando que o uso abusivo da prisão cautelar_ seja como resultado da aceitação do clamor público para decretação da prisão, seja por decisões que albergam ofensas à Constituição e as bases do sistema constitucional-penal brasileiro_ vem agravando a crise enfrentada pelo sistema penitenciário.

Para finalizar conclui-se que a correta adaptação das medidas cautelares trazidas pela lei 12. 403/11 permite que a prestação jurisdicional alcance seus objetivos tornando-se um verdadeiro progresso no processo penal brasileiro. Isso, se forem usados critérios como a legalidade e a proporcionalidade na escolha da providência mais ajustada ao caso concreto, tendo em vista o caráter excepcional da prisão cautelar. Todavia se a exceção continuar virando regra, a decretação de prisões tenderá a aumentar, sem que haja uma melhora no sistema penitenciário, mas a instalação de um verdadeiro caos.

Bibliográficas.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva. 19ª edição. 2012.

CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. **As regras de Tóquio e as medidas alternativas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1ago. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3118>>. Acesso em: 13 /10/ 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Salvador: Juspodivm.3ª edição.2015.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **O fundamento da existência do Processo Penal: instrumentalidade garantista**. Disponível em: <www.serrano.neves.com.br>. Acesso em: 31 de maio de 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 20ª edição. 2016.

http://www.cnj.jus.br/imagens/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf

<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>

STF, HC 127.186/PR rel. ZAVASCKI, Teori.. Disponível em< [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/ HC127186voto.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/HC127186voto.pdf)>

STF- HC 79.781/SP- 1ª Turma - Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 09/06/2000. Apud. LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo penal. Juspodivm, 3ª edição.2016.