

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

RANGEL BASSO

PRISÃO PREVENTIVA: UMA BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS
PROCESSUAIS PENAIIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

PASSO FUNDO
2013

RANGEL BASSO

PRISÃO PREVENTIVA: UMA BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS
PROCESSUAIS PENAIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do professor Me. Luiz Fernando Kramer Pereira Neto.

PASSO FUNDO
2013

Aos meus pais, Roberto e Rosi, pela dedicação e amor de sempre.
A minha namorada Mariana, por me fazer uma pessoa melhor a cada dia,
pelo incentivo, amor e compreensão.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sempre estar ao meu lado, me auxiliando a vencer todos os desafios.
Ao exímio advogado e professor Paulo José Tamiozzo, pelo exemplo e inspiração.
Ao meu orientador, professor e Mestre Luiz Fernando Kramer Pereira Neto,
pelos inúmeros momentos de discussão e aprendizado proporcionados.

“A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito,
e na outra, a espada de que se serve para o defender.
A espada sem a balança é a força brutal;
a balança sem a espada é a impotência do direito”.

Rudolf Von Ihering

RESUMO

A análise pormenorizada da Lei n. 12.403/11 tem como objetivo a tentativa de esclarecimento sobre a contradição existente entre os artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal brasileiro. Utilizando o método dedutivo, se busca trazer à tona as diretrizes da prisão preventiva, como também seus princípios norteadores. Para além desses argumentos, é possível perceber que essa medida cautelar afeta de modo direto a superlotação dos presídios brasileiros, como também causa diversas situações no vida daquele que é enviado a um sistema carcerário já defasado. Tendo em vista que essa mudança ocorrida em 2011 no Código de Processo Penal brasileiro teve grande influência do Código de Processo Penal português, uma análise sobre as questões desse país torna-se de extrema importância, pois, em alguns pontos silenciou-se o legislador brasileiro, por exemplo, não prevendo na Lei 12.403/11 a questão do tempo de duração da prisão preventiva, a possibilidade de contraditório entre outras. Um questionamento surge com o aprofundamento desse estudo: É possível a decretação da prisão preventiva para crimes dolosos com pena inferior a 4 (quatro) anos? A resposta ainda não parece majoritária, pois há duas correntes distintas para esse assunto, porém tem tido maior aceitação a corrente, a qual se filia, de somente ser possível a prisão preventiva nos casos em que o sujeito não cumpre com qualquer medida cautelar anteriormente imposta. Dessa forma a prisão preventiva tornar-se-á a *ultima ratio*.

Palavras-chaves: Direito Comparado. Lei 12.403/11. Medidas Cautelares. Prisão Preventiva. Prisão Preventiva em Portugal. Sistema carcerário.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| | |
| 1 ANÁLISE ESTRUTURAL E PRINCIPIOLÓGICA DA PRISÃO PREVENTIVA ... | 11 |
| 1.1 Contextualização dos pressupostos e fundamentos | 11 |
| 1.1.1 <i>Fumus boni iuris versus fumus comissi delicti</i> | 13 |
| 1.1.2 <i>Periculum in Mora versus periculum libertatis</i> | 15 |
| 1.2 Extensão do <i>periculum libertatis</i> | 17 |
| 1.2.1 Garantia da ordem pública e econômica | 19 |
| 1.2.2 Conveniência da instrução criminal | 23 |
| 1.2.3 Garantia da aplicação da lei penal | 25 |
| 1.2.4 Descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares | 27 |
| 1.3 Base principiológica da prisão preventiva como garantia fundamental | 29 |
| 1.3.1 Estado de inocência e dignidade da pessoa humana | 30 |
| 1.3.2 Excepcionalidade | 33 |
| 1.3.3 Legalidade | 34 |
| 1.3.4 Provisoriedade e proporcionalidade | 35 |
| | |
| 2 O UNIVERSO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUA CONSEQUÊNCIA | 38 |
| 2.1 Processo penal brasileiro e a prisão preventiva | 39 |
| 2.2 O imaginário social de segurança pública | 41 |
| 2.3. A prisão preventiva e a crise do sistema carcerário | 44 |
| 2.4 Prisão preventiva nos crimes de maior potencial ofensivo | 47 |
| 2.5 A banalização da prisão preventiva e a culpa antecipada | 49 |
| 2.6 Expansão do poder punitivo no sistema processual penal | 52 |
| 2.7 A (im)possibilidade da aplicação da prisão preventiva de ofício | 55 |
| 2.8 A necessária mudança: panorama sobre a relevância da aplicação da prisão preventiva . | 57 |
| | |
| 3 A EXPERIÊNCIA E AS ALTERNATIVAS DO PROCESSO PENAL LUSO-BRASILEIRO FACE A PRISÃO PREVENTIVA | 60 |
| 3.1 Crise no processo penal português | 60 |

| | |
|--|-----------|
| 3.1.1 Portugal e a prisão preventiva | 63 |
| 3.1.2 Decretação da prisão preventiva em Portugal | 66 |
| 3.1.3 Situação carcerária portuguesa | 70 |
| 3.1.4 Garantia constitucional portuguesa e o tempo de duração da prisão preventiva | 72 |
| 3.2 Medidas cautelares diversas como alternativa à prisão preventiva no Brasil e em Portugal | 75 |
| 3.3 Breves reflexões em torno dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal brasileiro e suas consequências | 82 |
| 3.4 O descumprimento de medida cautelar e a decretação da prisão preventiva por prática de crime doloso inferior a 4 anos: crítica e autocrítica a partir das teorias punitivista e garantista no direito brasileiro | 83 |
| CONCLUSÃO | 87 |
| REFERÊNCIAS | 90 |

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei n. 12.403/11 de 4 de maio de 2011, houve significativas modificações de alguns artigos do Código de Processo Penal brasileiro. Com essas mudanças acabaram surgindo muitos questionamentos em relação à prisão preventiva, em especial sobre os artigos 312 e 313, os quais trazem uma contradição em sua aplicação.

Visando atingir o propósito da evolução desse assunto, o método adotado durante o estudo será o dedutivo, uma vez que partirá da Lei citada, introduzida no Código de Processo Penal em meados de 2011, pois, por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular, chega-se a uma conclusão.

Utilizando desse método, pretende-se ao final, a busca por uma resposta ao questionamento: *O descumprimento de medida cautelar justifica a decretação da prisão preventiva por prática de crime doloso inferior a quatro anos?*

Explicar sobre o processo penal se torna um desafio, pois a afetação torna-se nítida na vida daqueles que cometem infrações e que, de certa forma, tem seu destino alterado devido à aplicação de algumas medidas. Um dos problemas mais graves enfrentados hoje é em relação a essa matéria, pois, trazendo à tona o tema prisão preventiva, não se analisa somente o ato de prender, mas sim todo o sistema que envolve o processo penal.

A prisão preventiva é sempre um tema atual, visto os sérios problemas que as carceragens brasileiras estão enfrentando nos últimos tempos, sendo assim, essa medida em questão pode ser analisada por outro ângulo social. Resta nítido que há uma relação direta com direitos humanos, seja pelo estado dos presídios, que na grande maioria deles já estão superlotados, seja na tentativa de minimizar os crimes ocorridos fora do sistema prisional.

Esses questionamentos chamam a atenção, pois, pode surgir com esse tema, uma visão crítica em relação ao princípio da homogeneidade (proporcionalidade) desde o início do processo. Na busca de uma resposta, alguns autores de diversas correntes influenciaram na pesquisa do assunto, tendo os que possuem uma visão mais garantista e, outros, uma visão punitivista. Os adeptos da primeira corrente alegam que não se pode punir com a prisão preventiva alguém que tenha cometido um crime com pena inferior a quatro anos, devido ao fato do artigo 313 do Código de Processo Penal ser taxativo ao dizer os casos em que ela poderá ser aplicada. Já outros autores clássicos, seguidores de uma visão punitivista, explicam que somente nos casos previstos no artigo 313 poderá se utilizar desse meio.

No primeiro capítulo intitulado de “*Análise estrutural e principiológica da prisão preventiva*”, é feita uma breve exposição da diferenciação entre os requisitos das cautelares no processo civil, com os requisitos específicos do processo penal, além de abordar também, os princípios norteadores da decretação dessa medida.

Hoje, é possível perceber que a Lei n. 12.403/11, mudou sensivelmente a repercussão da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sua aplicação imediata no cotidiano criminal. Essa lei, segundo algumas estatísticas, é a grande influenciadora da superlotação carcerária. Tema esse que será abordado de diversos aspectos durante o segundo capítulo, “*O universo da prisão preventiva e sua consequência*”, o qual trará a situação atual sobre alguns pontos que envolvem essa medida, como, também, as suas consequências.

Para que se possa ter uma ideia de como a prisão preventiva é vista e aplicada por outros países, buscou-se traçar um estudo comparado no terceiro capítulo, – *A experiência e as alternativas do processo penal luso-brasileiro face a prisão preventiva* – o qual faz menção à Lei lusitana, abrangendo assuntos pertinentes à esse país e que não são perceptíveis no Brasil. Um desses temas abordados diz respeito a garantia constitucional prevista para a prisão preventiva em Portugal, como também o tempo máximo de duração que essa medida pode ter, além de outros.

Seguindo nesse tema, é sabido que Portugal também vem enfrentando problemas com a sua carceragem, assim como o Brasil, porém, o que se verá, é que a utilização da prisão preventiva nesse país é muito mais cautelosa do que no Brasil.

Por fim, se fará uma breve abordagem em relação às medidas trazidas pelo novo artigo 319 do Código de Processo Penal, sendo, também, realizada uma reflexão à respeito das duas correntes que regem a prisão preventiva e sua aplicação.

Devido a todos esses fatos e também pelos atuais debates a respeito desse tema, torna-se cada vez mais instigante o estudo do processo penal e suas peculiaridades, em especial a aplicação dessa norma que ainda gera inúmeras discussões, e diversas formas de aplicação. Com isso, o presente estudo visa aprofundar de maneira genérica alguns pontos de importância ímpar sobre esse tema.

1 ANÁLISE ESTRUTURAL E PRINCIPIOLÓGICA DA PRISÃO PREVENTIVA

Inicialmente, é necessário fazer menção ao advento da Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011, que trouxe várias alterações em relação à decretação da prisão preventiva. Houve uma grande mudança em praticamente todos os artigos do capítulo que tratava sobre esse tema.

Para ser possível a análise estrutural em relação à prisão preventiva, primordialmente, deve-se fazer a diferenciação entre dois objetos de estudo do processo civil que têm sido utilizados por algumas doutrinas do processo penal. A abordagem feita por alguns doutrinadores em relação ao *fumus boni iuris* e *periculum in mora* quando se deveria falar em *fumus commisi delicti* e *periculum libertatis*.

A partir de então, será cabível o estudo das possibilidades elencadas no artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal, que, aliás, passa a ser criticada por alguns doutrinadores por não ter sido alterada e ter continuado com a redação anterior, somente sendo acrescentado o parágrafo único.

Sendo assim, vários são os princípios norteadores do processo penal que guiam para a correta aplicação da prisão preventiva, tornando-se de fundamental observância para que não se utilize dessa medida como forma de antecipação da pena.

1.1 Contextualização dos pressupostos e fundamentos

Analisando o artigo 312 do Código de Processo Penal, onde se encontram elencados os pressupostos e fundamentos básicos para a possível decretação da prisão preventiva, André Luiz Nicolitt faz sua observação, pois veja-se:

Na parte final do art. 312 do CPP encontramos os requisitos ou pressupostos da prisão preventiva reunidos pela doutrina sob a expressão *fumus boni iuris* (ou, para nós, *fumus commisi delicti*), a saber: **indícios de autoria e prova da materialidade**. Não é possível decretar a prisão preventiva sem a prova de que o delito ocorreu (materialidade) e sem um mínimo de elementos que possam tornar provável sua autoria.¹ (grifos do autor)

¹ NICOLITT, André Luiz. **Lei nº 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 67.

Diante disso, não é aceitável a mera suspeita em relação à materialidade do delito, pois sem prova, não será aceita a decretação da prisão preventiva. Sendo assim, importante é que o juiz ao determinar a decretação da prisão preventiva a fundamente com base nas provas colhidas demonstrando a coerência de sua decisão.

Ainda, com observância ao artigo supracitado, logo em seu início, são vistas as hipóteses em que a prisão preventiva poderá ser decretada, dando ênfase no risco de manter o agente em liberdade, conforme posição de André Luiz Nicolitt:

Para além dos requisitos, encontramos os **fundamentos** da prisão, a saber: a **garantia da ordem pública**, da **ordem econômica**, por **conveniência da instrução criminal** ou **para assegurar a aplicação da lei penal**. Estes fundamentos da prisão formam o que se chama tradicionalmente de *periculum in mora* (ou para nós, *periculum libertatis*).² (grifos do autor)

Não havendo alteração dessa parte do dispositivo, permaneceram os conceitos de todas essas possibilidades ainda muito abrangentes, fazendo com que o magistrado tenha a possibilidade de agir conforme o caso concreto e, por muitas vezes, ferindo os princípios básicos do processo penal.

Uma observação pertinente, diz respeito em relação a outros dois possíveis fundamentos que podem ser trazidos à tona. Eles estão elencados tanto no parágrafo único do artigo 312, como também no inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal, que trata sobre a violência contra mulher, conforme artigo 20 da Lei 11.340/06.³

Sendo assim, a Lei n. 12.403/11 acrescentou o parágrafo único ao artigo 312 do Código de Processo Penal, o que, por consequência, gerou divergências desde o início de sua aplicação. Essa divergência ocorre por ter o parágrafo único previsto, a possibilidade de decretação da prisão preventiva por descumprimento de qualquer medida cautelar anteriormente imposta.

Analizados os requisitos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva é necessária a devida atenção às hipóteses cabíveis, elencadas no artigo 313 do Código de

²Ibidem, p. 67.

³ Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Processo Penal. Alguns doutrinadores⁴ fazem menção em relação à ordem inversa trazida pela norma, pois para eles, devem ser observadas as hipóteses do artigo 313, para somente depois serem analisados os requisitos e os fundamentos do artigo 312, ambos do Código de Processo Penal. Após essa breve introdução, em relação ao objeto de estudo deste capítulo, far-se-á um estudo mais abrangente sobre cada item.

1.1.1 *Fumus boni iuris versus fumus comissi delicti*

Como salientado anteriormente, há uma diferença entre as expressões *fumus boni iuris* e *fumus comissi delicti*. Esta, própria do direito processual penal e, aquela, referente às tutelas cautelares do direito processual civil.

O *fumus boni iuris* nada mais é do que a “fumaça do bom direito”, ou seja, quando “o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida”⁵. Sendo assim, essa expressão é erroneamente utilizada pelas doutrinas de processo penal, pelo fato de possuir sentido diverso daquele pretendido. Assim defende Aury Lopes Júnior, para quem:

Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça de bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!⁶ (grifos do autor)

O *fumus boni iuris* é utilizado por algumas doutrinas mais clássicas do processo penal, como sendo “a probabilidade de uma sentença favorável, no processo principal, ao requerente da medida.”⁷ Em sentido diverso, Edilson Mougenot Bonfim alega que “em processo penal, é

⁴ (...) mesmo que exista *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* (art. 312), se o caso não se situar nos limites do art. 313, não caberá prisão preventiva. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 834.) No sistema anterior à Lei nº 12.403/11, a prisão preventiva somente seria cabível nos casos expressamente arrolados no art. 313, CPP, e desde que presentes as circunstâncias de fato do art. 312, CPP. É dizer: se o crime em apuração ou sob acusação não se enquadrasse nas hipóteses do art. 313, CPP, não caberia a prisão, ainda que em risco a efetividade do processo. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 543.)

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 29.

⁶ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 779.

⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 746.

comum o emprego do termo ‘*fumus comissi delicti*’ (presença nos autos de elementos que indiquem a prática do delito por determinada pessoa).”⁸

No processo penal não há espaço para serem analogicamente utilizadas expressões trazidas do processo civil, devido ao fato, como já salientado, que o requisito para a aplicação da prisão preventiva não é a provável da existência de um direito de acusação, e sim, a prova da existência do crime e indícios de autoria.

Por estar previsto na parte final do artigo 312 do Código de Processo Penal o *fumus comissi delicti*, que se traduz na prova da existência do crime e no indício suficiente de autoria, é imprescindível que a conduta praticada pelo agente seja realmente típica, ilícita (antijurídica) e culpável⁹. O juiz deve apontar quais foram as provas e, da mesma forma, trazer argumentos fundamentados para a decretação dessa medida¹⁰, até porque a própria Constituição Federal de 1988 exige em seu artigo 5º, LXI, que somente se decretará a prisão preventiva “*por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente*”.¹¹

Quando se fala em “indícios suficiente de autoria” é necessário que se despenda uma atenção especial em torno dessa questão, pois o juiz estará autorizado a aplicar a prisão preventiva mesmo não possuindo a absoluta certeza, basta um certo grau de convencimento a respeito da autoria. Coaduna desse entendimento Guilherme de Souza Nucci, para quem:

Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, muito antes do julgamento de mérito. Cuida-se de assegurar que a pessoa mandada ao cárcere, prematuramente, sem a condenação definitiva, apresente boas razões para ser considerada agente do delito. Indício é prova indireta, como se pode ver do disposto no art. 239, permitindo que, através do conhecimento de um fato, o juiz atinja, por indução, o conhecimento de outro de maior amplitude. (...) A lei utiliza a qualificação suficiente para demonstrar não ser qualquer indício demonstrador da autoria, mas aquele que se apresenta convincente, sólido. Sobre o tema, pronuncia-se Antonio Magalhães Gomes Filho, afirmando que o indício suficiente é aquele que autoriza “um prognóstico de um julgamento positivo sobre a autoria ou a participação”.¹² (grifos do autor)

⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 517.

⁹ Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade estão de tal forma relacionadas entre si que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior. A divisão do delito em três aspectos, para fins de avaliação e valoração, facilita e racionaliza a aplicação do direito, garantindo a segurança contra as arbitrariedades e as contradições que frequentemente poderiam ocorrer. Essa divisão tripartida da valoração permite a busca de um resultado final mais adequado e mais justo. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 345.)

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 1317.

¹¹ BRASIL. Constituição Federal do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 23 nov. 2012.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11ª ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 671

Como visto, não há necessidade de um juízo de certeza, mas devem ser apresentados fortes indícios, ou seja, deverá ser demonstrada, no momento da decisão do juiz, a probabilidade dessa pessoa ser autora do delito e não somente meras suposições, situação também que é percebida no Código de Processo Penal Português, o qual será analisado no terceiro capítulo. Porém, mesmo estando diante de fortes indícios, é imperiosa a previsão em lei, conforme assente Eugênio Pacelli de Oliveira:

Não basta a fundamentação judicial da autoridade competente. Como se trata de grave medida restritiva de direitos, a sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não podendo o juiz nesse ponto afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição.¹³

Já em relação a materialidade, não são necessários meros indícios, pelo contrário, nesse quesito é determinante que haja certeza da existência do crime, pois “sem a prova de que o delito ocorreu (materialidade) e o mínimo de elementos que possam tornar provável a sua autoria, não é possível a prisão preventiva.”¹⁴

Posto isso, verifica-se a extrema importância, tanto da prova de existência do crime, como dos indícios de autoria, e conseqüentemente, a devida fundamentação para a decretação de uma medida tão massacrante.

1.1.2 *Periculum in mora versus periculum libertatis*

Para distinção dessas expressões, primeiramente se faz necessário entender qual o sentido do *periculum in mora* no processo civil. Trata-se do “perigo da demora”, literalmente traduzido, requisito específico da tutela jurisdicional cautelar, relacionado ao tempo do processo, o qual significa: “um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte.”¹⁵ Como se trata de tutela cautelar, visa a proteção do próprio patrimônio, diferentemente do processo penal, pois, “a parte deverá

¹³ OLIVEIRA. **Curso de processo penal**. p. 543.

¹⁴ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 452.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de processo civil**: Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 2 v. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 512.

demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela.”¹⁶

Diante dessa breve conceitualização do *periculum in mora*, é necessário que se faça a análise do sentido trazido pelo processo penal do *periculum libertatis*, diga-se, “perigo na liberdade do acusado”, o qual na visão de Aury Lopes Júnior assume sentido diverso, pois afirma:

Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo.¹⁷

Diferentemente do processo civil, no processo penal o lapso temporal não é o fundamento para se determinar a decretação da prisão preventiva, e sim o risco que a liberdade do sujeito passivo trará para o processo ou para uma possível fuga, visando evadir do distrito da culpa. Nesse ponto se pensa no prejuízo para o processo do mantimento desse sujeito em liberdade, porém, não se faz prudente pensar no perigo que esse indivíduo, solto, representa para a sociedade. Ver-se-á posteriormente, que o fundamento para a aplicação da prisão preventiva não é exatamente este.

O *periculum libertatis* está disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal, sendo tratados como fundamentos da prisão preventiva a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Cabe ressaltar que não há necessidade de todos esses elementos estarem reunidos para a decretação da prisão preventiva, basta que algum deles seja arguido e fundamentado, para ser decretada tal medida. Dura crítica é feita em relação ao advento da Lei n. 12.403/11 nesse aspecto, pois “não evoluiu em nada, e mais, representou, um retrocesso à luz do Projeto de Lei n. 4.208/2011 originariamente apresentado (cuja redação era muito melhor e abandonava as categorias ‘ordem pública’ e ‘ordem econômica’).”¹⁸

Feita a análise, é imperioso que se observe o caminho a ser seguido para a decretação da prisão preventiva. Tem-se como primeiro passo a ser seguido, a análise pormenorizada do

¹⁶ THEODORO JÚNIOR. *Curso de processo civil*. p. 513.

¹⁷ LOPES JÚNIOR. *Direito processual penal*. p. 780.

¹⁸ *Ibidem*. p. 828.

artigo 313 do Código de Processo Penal, o qual traz as circunstâncias de admissibilidade, quais sejam: exigência de crime doloso punido com pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, reincidência, necessidade de garantir a execução de medida protetiva de urgência no âmbito da violência doméstica, necessidade de proceder à identificação criminal ou por descumprimento de outras medidas cautelares.

Analisadas essas circunstâncias, passa-se aos dois últimos pontos, os quais Renato Brasileiro de Lima, define como:

Num segundo momento, incumbe ao magistrado analisar se há elementos que apontem no sentido da presença simultânea de prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*). O último passo é aferir a presença do *periculum libertatis*, compreendido como o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, para o processo penal, para a efetividade do direito penal ou para a segurança social.¹⁹ (grifos do autor)

Com isso, é necessário que o magistrado aja com parcimônia quando da análise da situação concreta do investigado ou acusado. Terá que fundamentar de forma exaustiva sua decisão, observando todo o caminho a ser seguido para que não enseje em uma decisão arbitrária, pois discricionária já se mostra.

Por fim, analisar-se-á a partir de agora, alguns dos fundamentos do *periculum libertatis* presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal.

1.2 Extensão do *periculum libertatis*

O *periculum libertatis*, previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, divide-se em quatro fundamentos possíveis para sua decretação, porém a ressalva feita anteriormente com relação à possibilidade do descumprimento das medidas cautelares, e, também, com relação às medidas protetivas da Lei 11.340/06, faz com que possam ser divididos em seis possíveis fundamentos. Como já dito anteriormente, não há a necessidade de todos estarem presentes, basta que algum deles seja mencionado e devidamente fundamentado para ser possível a decretação da prisão preventiva.

¹⁹ LIMA. **Manual de processo penal**. p. 1319.

Inicialmente, analisando o fundamento da garantia da ordem pública, é nítida a indignação de alguns dos doutrinadores, como Aury Lopes Júnior e André Luiz Nicolitt, em relação a esse termo. Alega-se que é muito vago, tornando-se “o requisito legal mais incompreendido e controverso de todo o sistema brasileiro de prisões cautelares.”²⁰ Para a fundamentação da aplicação da prisão preventiva, com base na garantia da ordem pública, outros doutrinadores alegam que basta referir-se ao “perigo para a sociedade”²¹, porém, será visto que o objetivo da prisão preventiva é outro.

Seguindo para o segundo fundamento, a prisão preventiva está prevista como uma maneira para garantir a ordem econômica. Aqui é feita a mesma crítica feita em relação à garantia da ordem pública. Para Guilherme de Souza Nucci, o que as diferencia é a pretensão de “impedir possa o agente, causador de seríssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo órgão do Estado, permanecer em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área.”²² Da mesma forma que se critica o vago conceito anteriormente exposto de garantia da ordem pública, critica-se também o conceito de garantia da ordem econômica, pois, sua função não é cristalina, sendo utilizada de maneira muito abrangente.

Nesse diapasão, a conveniência da instrução criminal pode abranger diversas situações. Para utilização desse fundamento, as causas devem ser aquelas que realmente prejudiquem o bom andamento do processo, que não o deixem seguir seu rumo célere.

Há, ainda, a aplicação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. Nesse sentido, refere-se aqui a possibilidade concreta de fuga do investigado e não apenas meras suposições. Há de se ter o risco eminente de fuga para ensejar esse tipo de prisão.

Exposto isso, em relação às medidas cautelares, é necessário o conhecimento de que elas “não se destinam a ‘fazer justiça’, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento.”²³

Por fim, com o advento da Lei n. 12.403/11 acrescentou-se um parágrafo único ao artigo 312 do Código de Processo Penal, o qual prevê a prisão preventiva quando do descumprimento de qualquer medida cautelar anteriormente imposta. Feita essa breve síntese

²⁰ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A prisão preventiva para a garantia da ordem pública na Lei 12.403/11. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 19, n. 229, p. 14-16. Dez. 2011. p. 15.

²¹ “A segregação celular do criminoso restitui a tranquilidade do meio social e a credibilidade à justiça, enfraquecidos pela gravidade do fato e a periculosidade do agente. Nessa hipótese, a prisão preventiva constitui verdadeira ‘medida de segurança’ (Borges da Rosa, 1.042, v. 2, p. 276)”. (DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 181.)

²² NUCCI. **Código de processo penal comentado**. p. 665.

²³ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 839.

de cada fundamento do *periculum libertatis*, far-se-á uma análise pormenorizada, trazendo a tona algumas controvérsias e ressaltando sua verdadeira função para aplicação pelo magistrado.

1.2.1 Garantia da ordem pública e econômica

A Lei 12.403/11 não trouxe avanço algum para decretação da prisão preventiva com base nesses dois fundamentos, sendo assim, obras anteriores ao advento da lei, trarão conceitos que até hoje podem ser utilizados da mesma forma.

Primeiro é prudente que se traga à tona o sentido existente em algumas doutrinas para a definição de garantia da ordem pública, o qual o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, através do desembargador Amilton Bueno de Carvalho entendeu que: “A garantia da ordem pública, quando genericamente invocada, sem qualquer elemento concreto que o possa fundamentar, é imprestável a amparar prisão de caráter excepcional.”²⁴ Em um julgado mais antigo, o mesmo desembargador entendeu que: “ordem pública é um requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação (fruto da ideologia perigosista) portanto antidemocrático, facilmente enquadrável a qualquer situação”²⁵, diante disso, fica nítido que esse fundamento sempre foi questionado pelos juristas. Para Hidejalma Muccio, a fundamentação na garantia da ordem pública serve como sendo aquela em que:

O autor do crime atentará contra a ordem pública se, em liberdade, der prosseguimento desenfreado à sua sanha delituosa, tornando vulneráveis os lares, os estabelecimentos comerciais, as pessoas afetando a paz e a tranquilidade públicas. Se fizer apologia de crime, se incitar à prática de crime, se se reunir em quadrilha ou bando, também põe em desassossego a ordem pública. Em qualquer dessas situações pode ser preso preventivamente, porque a ordem pública, ameaçada por sua conduta, precisa ser preservada.²⁶

De outra banda, Eugênio Pacelli de Oliveira faz sua análise. Alega que, com fundamentos tão abrangentes, especialmente esses em questão, é cada vez maior o uso da prisão preventiva como uma forma de antecipação da pena do acusado, como se pode ver:

²⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.70018920934**, da 5ª Câmara Criminal Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 04 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 15 jan. 2013.

²⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.700006140693**, da 5ª Câmara Criminal Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 23 abr. 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 15 jan. 2013.

²⁶ MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. v. 3. São Paulo: HM Editora, 2003. p. 669.

Em um cenário construído sobre a base da antecipação da culpa, da antecipação da fuga e de outros prognósticos com o mesmo propósito, a cláusula da ordem pública foi instituída com a evidente abertura semântica, para o fim de conceder ampla discricionariedade aos órgãos da persecução penal. A ordem pública, nesse sentido, seria a ordem determinada pelo Poder Público.²⁷

Porém, mesmo fazendo essa observação, Eugênio Pacelli de Oliveira traz uma visão um tanto quanto diferenciada, aceitando a utilização desses argumentos, mas de forma que esteja de acordo com a Constituição, pois se revelaria um instrumento poderoso e necessário para a revalidação de algumas normas de grande importância no cotidiano brasileiro, e caso sejam declaradas inconstitucionais ensejariam males ainda maiores.²⁸

Diferentemente, alguns doutrinadores, como por exemplo, Aury Lopes Júnior²⁹ e Renato Brasileiro de Lima³⁰, trazem como uma escrachada antecipação de pena quando utilizado o fundamento para “garantir a ordem pública”. Defendem que esse argumento poderá ser utilizado em qualquer situação, como, por exemplo, “comoção social, periculosidade do réu, perversão do crime, insensibilidade moral do acusado, credibilidade da justiça, clamor público, repercussão na mídia, preservação da integridade física do acusado”³¹, enfim, inúmeros são os casos.

Analisando-se a historicidade desse fundamento, é possível afirmar que sua origem advém da década de 30, período do nazifacismo na Alemanha, onde se buscava uma autorização geral e aberta para prender.³² Sendo assim, isso demonstra, nos dias atuais, uma verdadeira afronta aos princípios da presunção da inocência, da proporcionalidade, entre outros. Deveras, a função da prisão preventiva é meramente cautelar, conforme Aury Lopes Júnior afirma que são “substancialmente inconstitucionais” as prisões preventivas decretadas com base nos fundamentos da garantia da ordem pública e econômica.³³

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: 2012. p. 625.

²⁸ Ibidem. p. 625 et. seq.

²⁹ “... não se deve fundamentar em risco genérico que o imputado possa cometer outros crimes, pois isso faria com que a prisão provisional respondesse a um fim punitivo ou de antecipação da pena. Isso seria inconstitucional.” (LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 847.)

³⁰ “Vale lembrar que somente a prisão penal pode ter finalidade de prevenção geral – positiva ou negativa – (intimidação e integração do ordenamento jurídico), ou prevenção especial – positiva ou negativa – (ressocialização e inocuização), sendo vedado que a medida cautelar assumam tais encargos.” (LIMA. **Manual de processo penal**. p. 1325.)

³¹ BADARÓ, Gustavo. **Direito processual penal**: tomo II. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 193.

³² LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 840.

³³ Ibidem. p. 839.

Tendo a prisão preventiva um sentido cautelar, não pode o magistrado utilizar-se dos meios que possui para supostamente “garantir a ordem pública”, tendo em vista a comoção social que gerou determinado crime³⁴, muito menos para mostrar à sociedade que a justiça está sendo feita, como salienta Fernando da Costa Tourinho Filho:

Na maior parte das vezes, é o próprio juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiros “sismógrafos”, mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de “garantir a ordem pública”, sem nenhum absolutamente nenhum, elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade desses operadores da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República.³⁵ (grifos do autor)

Posto isso, a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, vem, cada vez mais, sendo imposta (erroneamente) como uma forma de prevenção, pois o magistrado, imaginando o perigo que esse delinqüente poderá causar a sociedade lhe impõe essa sanção tão estigmatizante. Não obstante, como já salientado, essa não é a função da prisão preventiva, ela não possui o caráter de retribuição e prevenção geral, sua função é meramente cautelar.

É possível ainda, encontrar prisões preventivas decretadas com o fundamento da garantia da ordem pública na intenção de assegurar a integridade física e a vida do acusado.³⁶ Isso demonstra o quanto esse conceito é vago e totalmente impreciso, pois, como o Estado prenderá alguém com receio de que essa pessoa venha a sofrer algum mal? Certo é que, o mal que sofrerá “enjaulado” em um presídio superlotado, como os brasileiros³⁷, será muito maior.

Partindo para a análise do conceito da garantia da ordem econômica que fora inserido pela Lei nº 8.884/94, é possível que se estabeleça o mesmo critério de avaliação que se estabeleceu anteriormente quando da análise do fundamento da garantia da ordem pública. Inicialmente, para se fazer entender, a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem econômica, é passível de ocorrer “em delitos perpetrados em detrimento do patrimônio de instituições financeiras ou de órgãos públicos, mormente naquelas hipóteses de desvios de vultosas quantias.”³⁸

³⁴ “... não nos parece bastante para a determinação da prisão aquilo que se convencionou denominar clamor público, entendido como a repercussão midiática do crime, invariavelmente objeto de leituras tendentes ao sensacionalismo retórico.” (OLIVEIRA. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. p. 626.)

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 614.

³⁶ BADARÓ. **Direito processual penal**: tomo II. p. 195.

³⁷ Ver item 2.3.

³⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2008. p. 267.

A Constituição Federal, em seu artigo 173, §4º, ressalta que a lei reprimirá (entenda-se, que será cabível, também, nesses casos a prisão preventiva) o abuso do poder econômico que tenha por objetivo a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.³⁹

De certa forma, o conceito de aplicação do fundamento garantia da ordem econômica se assemelha muito com o da garantia da ordem pública, tendo, porém, o primeiro, como o próprio nome já diz, ênfase em crimes de ordem econômica.

Feita essa breve síntese, uma observação é exposta por parte da doutrina, na qual, a prisão preventiva nesses casos, não seria suficiente para pôr fim às praticas delituosas desses agentes infratores. Possivelmente outro tomaria o lugar daquele que acabou sendo detido e dessa forma possibilitaria a continuidade da senda criminosa. Para esses doutrinadores, o ideal seria que se atacasse o patrimônio dessas organizações criminosas, pois, somente assim, os infratores perderiam os meios para continuar a delinquir, como consente Aury Lopes Júnior, para quem:

Muito mais útil seria o seqüestro e a indisponibilidade dos bens, pois dessa forma melhor se poderia tutelar a ordem financeira e também amenizar as perdas econômicas. Da mesma forma, é inegável que, nesse tipo de crime, o “engessamento” patrimonial é o melhor instrumento para evitar a reiteração de condutas.⁴⁰

Analisando esses argumentos, é possível notar-se que a prisão preventiva para garantia da ordem econômica não possui o fim cautelar específico dessa medida, não visa de maneira alguma “assegurar os meios (cautela instrumental) ou resultado do processo (cautela final). Ao contrário, sua finalidade é permitir uma execução penal antecipada, visando aos fins de prevenção geral e especial, próprios da sanção penal, mas não das medidas cautelares.”⁴¹

Ao se fazer menção aos fins de prevenção geral⁴² e especial⁴³, Aury Lopes Júnior cita Delmanto Junior, o qual corrobora com esse entendimento alegando que

³⁹ “Na visão do Supremo, ‘a garantia da ordem econômica autoriza a custódia cautelar, se as atividades ilícitas do grupo criminoso a que, supostamente, pertence o paciente repercutem negativamente no comércio lícito e, portanto, alcançam um indeterminado contingente de trabalhadores e comerciantes honestos. Vulneração do princípio constitucional da livre-concorrência.’ STF, 1ª Turma, HC 91.285/SP, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 074 25/04/2008”. (LIMA. **Manual de processo penal**. p. 1326.)

⁴⁰ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 843.

⁴¹ BADARÓ. **Direito processual penal**: tomo II. p. 196.

⁴² “A prevenção geral pode ser estudada sob dois aspectos. Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão *prevenção por intimidação*, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar

“uma medida cautelar jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não infrinja a lei penal, bem como o conseqüente desestímulo de outras pessoas ao cometimento de crimes semelhantes, fins exclusivos da sanção criminal.”⁴⁴

É diante desse contexto que os fundamentos da garantia da ordem pública, como da garantia da ordem econômica são tidos como não cautelares, por exatamente prever uma antecipação de pena ou acabarem por se converter em medidas de segurança, o que não é a função da prisão preventiva, “portanto, os únicos fundamentos, constitucionalmente válidos, para a prisão previstos no art. 312 do CPP são: o risco à instrução processual e o risco à aplicação da lei penal”⁴⁵, os quais analisar-se-á a partir de agora.

1.2.2 Conveniência da instrução criminal

Referente a esse fundamento, tem-se como sendo um dos únicos que atendem ao requisito de tutela cautelar do processo, diferentemente dos dois já expostos. Quanto ao seu conceito, Nestor Távora explica que:

Tutela-se a livre produção probatória, impedindo que o agente destrua provas, ameace testemunhas, ou comprometa de qualquer maneira a busca da verdade. Deve-se com isso imprimir esforço no atendimento ao devido processo legal, que é expressão de garantia, na faceta da justa e livre produção do manancial de provas.⁴⁶

Note-se que a prisão preventiva busca nesse caso a proteção e preservação da prova processual, deixando aquele que pretenda atingi-la sem meios para tanto. Não cabe aqui a decretação da prisão preventiva “com o fim de coagir ou estimular o investigado ou acusado a

qualquer infração penal. (...) Existe, outrossim, outra vertente da prevenção geral tido como positiva. Paulo de Souza Queiroz preleciona que, ‘para os defensores da *prevenção integradora ou positiva*, a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social.’ (GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 473-474.)

⁴³ “A teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinqüente em particular, objetivando que este não volte a delinquir. (...) A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. Os partidários da prevenção especial preferem falar em medidas e não de penas. (BITENCOURT. **Tratado de direito penal**: parte geral. p. 110-111.)

⁴⁴ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 843.

⁴⁵ NICOLITT. **Lei nº 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. p. 70.

⁴⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 552.

colaborar na investigação ou na instrução do processo criminal, nomeadamente facultando provas incriminadoras.”⁴⁷ O agente não tem a obrigação de colaborar com a produção de provas, pode limitar-se a ficar silente quando questionado.

Também, não há como referir-se nesse ponto a uma “eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo objetivo seja a procrastinação da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei”⁴⁸, até porque o defensor irá usar de todos os meios possíveis e legais para buscar a defesa plena de seu cliente, e da mesma forma o acusado, como já exposto acima, não está obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Uma observação a ser feita diz respeito ao próprio nome que se deu ao fundamento, “conveniência da instrução criminal”. É imprescindível salientar que a instrução criminal não é conveniente, e sim um meio necessário para se produzir provas, embasado nos princípios norteadores do processo penal, como, por exemplo, contraditório e verdade processual⁴⁹. Demonstrar-se-á assim, a existência de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, no qual o acusado terá possibilidade de utilizar todos os meios de defesa possíveis.⁵⁰

A prisão preventiva embasada nesse fundamento somente poderá durar até o fim da instrução, encerrada essa etapa, não há mais motivo para que continue perdurando. Aury Lopes Júnior refere-se quanto a isso, alegando que:

Após ser ouvido e produzida essa prova, não há mais motivo para a segregação, até porque o suspeito não poderá – substancialmente – alterar mais nada. Mantê-lo preso representa apenas constrangimento e cerceamento de defesa, pois o detido tem suas possibilidades de defesa reduzidas ao extremo, inclusive permitindo que a acusação e a vítima possam – esses sim – manipular a prova. Ou, por acaso, o acusador público ou privado está imune a esse tipo de tentação? No sistema acusatório, o contraditório é essencial, e o combate livre e aberto, em igualdade de armas, cai por terra com o acusado preso. Sem falar que a prisão cautelar conduz a uma verdadeira “presunção de culpabilidade” extremamente prejudicial para o processo.⁵¹

⁴⁷ BIANCHINI, Alice. *et al.* **Prisão e medidas cautelares**: Comentários à Lei 12.403, de 4 maio de 2011. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 159.

⁴⁸ OLIVEIRA. **Curso de processo penal**. p. 547.

⁴⁹ “Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza (**dentro dos autos**), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez. A verdade é dentro dos autos e pode, muito bem, não corresponder à verdade do mundo dos homens. Até porque o conceito de verdade é relativo, porém, nos autos do processo, o juiz tem que ter o mínimo de dados necessários (meios de provas) para julgar admissível ou não a pretensão acusatória. (...) A descoberta da verdade processual do fato praticado, através da instrução probatória, passa a ser, assim, uma espécie de reconstituição simulada do fato, permitindo ao juiz, no momento da sentença, aplicar a Lei penal ao caso concreto, extraindo a regra jurídica que lhe é própria. É como se o fato fosse praticado naquele momento perante o juiz aplicador da norma” (RANGEL. **Direito Processual Penal**. p. 7-8)

⁵⁰ RANGEL. **Direito Processual Penal**. p. 784.

⁵¹ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 848.

Posto isso, é evidente a característica cautelar que possui esse fundamento, o qual visa a proteção da prova, por se dirigirem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para a garantia da efetividade da ação penal principal. Também vale ressaltar que não é permitido que essa ordem de prisão perdure por tempo indeterminado, ela somente será válida enquanto durar a instrução criminal, pois esse é o seu cerne. É necessário o devido cuidado para que essa prisão não se estabeleça por um tempo muito prolongado, não podendo o agente ser punido severamente por uma falha do Estado em coletar provas.

1.2.3 Garantia da aplicação da lei penal

Quanto a esse fundamento, a doutrina traz como sendo outro que realmente atende a função de tutela cautelar, pois visa proteger o processo, mais exatamente, resguardar a eficácia da sentença perante a ameaça potencial de fuga do agente. É prudente ressaltar, conforme salienta Guilherme de Souza Nucci, em sua obra específica sobre a Lei n. 12.403/11, que:

Não se trata de presunção de fuga, mas de colheita de dados reais, indicativos da possibilidade de saída do âmbito do controle do Estado. Somente o caso concreto pode evidenciar essa potencialidade de desaparecimento do cenário processual. Há indicativos: a) sumir logo após a prática do crime, sem retornar, nem dar o seu paradeiro; b) dispor de seus bens e desligar-se de seu emprego; c) despedir-se de familiares e amigos, buscando a transferências de valores ou bens a outro Estado ou ao exterior; d) viajar a local ignorado, sem dar qualquer satisfação do seu paradeiro, ao juiz do feito, por tempo duradouro; e) ocultar sua residência e manter-se em lugar inatingível pela Justiça. Em suma, é preciso a visão fática do intuito do réu de se furtar à aplicação da lei penal.⁵²

Diante disso, a prisão preventiva decretada com base nesse fundamento não pode estar embasada em incertezas, é necessário ter argumentos suficientes para uma fundamentação concreta e firme, caso contrário não será eficaz. Tendo por base que o fundamento da garantia da aplicação da lei penal visa obstar que o agente fuja do distrito da culpa, é nítida sua função de prisão cautelar “pelos fins a que se destina: assegurar a utilidade e a eficácia de um provimento condenatório que se mostra provável, diante do *fumus commissi delicti*. Tal situação tem sido denominada prisão cautelar *final*. ”⁵³ (grifos do autor)

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 66.

⁵³ BADARÓ. **Direito processual penal**: tomo II. p. 198.

É necessário, também, ter certeza de que aquele “provável autor do crime, uma vez condenado, será efetivamente compelido a cumprir a pena”⁵⁴, para que ninguém seja punido com uma medida tão séria e estigmatizante por mero deleite. Caso isso aconteça, esse magistrado estará infringindo o princípio fundamental da presunção de inocência.⁵⁵

Uma questão a ser ressaltada, onde não se admite a prisão preventiva por este fundamento, é quando o agente se ausenta momentaneamente, “seja para evitar uma prisão em flagrante, seja para evitar uma prisão decretada arbitrariamente”⁵⁶, pois como essa atitude, poderá estar evitando que seja preso ilegalmente, na pretensão de atacar essa decisão pelas vias judiciais cabíveis. Também não pode o magistrado, justificar uma ordem de prisão diante da fuga após o seu decreto, pois seria o equivalente a exigir que o agente estivesse preso para que pudesse recorrer da decisão.

Posto isso, é imperioso destacar que “o *periculum libertatis* não se presume”⁵⁷, a ordem de prisão deve estar calcada de situações fáticas precisas. E ainda quanto à fuga, é possível perceber que ela ocorre devido mais ao medo de ser preso preventivamente, do que pela própria sentença condenatória, a qual virá somente ao final do processo, pois, sendo essa sentença proporcional, não haverá motivos para temê-la.

É evidente que grande parte da sociedade acham que o agente infrator deve estar devidamente retirado do convívio da sociedade, mas uma reflexão é válida. Pensar que a prisão preventiva realmente fará com que alguém deixe de cometer delitos é uma afirmação equivocada. Mais adiante, será realizado um estudo em relação ao sistema carcerário e o mal que o decreto de uma prisão preventiva ocasiona na vida desse agente. É cediço que existem diversos casos, mas na grande maioria, muitos estão sendo submetidos a situações degradantes, quando poderiam estar cumprindo outras tantas medidas cautelares elencadas no artigo 319, do Código de Processo Penal, as quais se farão uma breve síntese.

⁵⁴ BIANCHINI. **Prisão e medidas cautelares**: Comentários à Lei 12.403, de 4 maio de 2011. p. 160.

⁵⁵ Com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou francamente em crise, não houve mais freios ao uso e abuso da prisão preventiva e à sua aberta legitimação, saem jogos de palavras ingênuos, como “medida de segurança processual”, “necessária para a defesa social” e indispensável sempre que o delito tenha desencadeado “grave clamor público”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Tradução de: Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 p. 444.)

⁵⁶ LIMA. **Manual de processo penal**. p. 1328.

⁵⁷ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 850.

1.2.4 Descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

Como já mencionado, inovação da Lei 12.403/11 foi a edição do artigo 319 do Código de Processo Penal. Esse artigo estabeleceu medidas diversas da prisão, tendo assim o magistrado outra opção senão aquela entre prender e soltar. Teve como objetivo impor medidas que fossem mais benéficas para o agente e que surtisses o mesmo efeito processual do encarceramento.

Importante ressaltar que as medidas cautelares somente podem ser impostas se estiverem presentes os fundamentos anteriormente analisados, ou seja, devem estar em evidência o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Esse tipo de medida torna-se necessária somente nos casos em que for cabível a prisão preventiva, dando a possibilidade de o agente não ser submetido a situações extremamente onerosas, tudo isso em homenagem ao princípio da proporcionalidade.

Já a finalidade do acréscimo do parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal, na visão de Guilherme de Souza Nucci foi:

Para consolidar a viabilidade de se utilizar a prisão preventiva como fator intimidativo a quem está sob medida cautelar diversa. Por isso, para que se obtenha êxito na aplicação de medidas provisórias alternativas ao cárcere, torna-se essencial que o indiciado ou réu compreenda a sua relevância e não despreze a chance que lhe é conferida.⁵⁸

Evidenciando-se que o agente não soube fazer por merecer a medida mais benéfica que lhe foi imposta, o juiz deverá substituir a medida, impor outra em cumulação ou, ainda, em última hipótese, obedecendo aos critérios dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, lhe impor a prisão preventiva.

A alteração para prisão preventiva não pode ser automática, pois deve ser assegurado “ao investigado ou ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa, salvo na hipótese de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.”⁵⁹

⁵⁸ NUCCI. **Prisão e liberdade**: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. p. 66.

⁵⁹ LIMA. **Manual de processo penal**. p. 1336.

Posto isso, com a possibilidade da imposição de medidas cautelares diversas da prisão, e, também, pela imposição da prisão preventiva por descumprimento de outras medidas já impostas, é prudente que se analise uma questão. A dúvida se inicia a partir da análise em conjunto dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, onde, neste último, está previsto que somente caberá a prisão preventiva para crimes dolosos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos.

A doutrina não é unânime quanto a esse aspecto. Existem diversas posições quanto a possibilidade ou não da decretação da prisão preventiva, em razão do descumprimento de outras medidas cautelares. Na visão de Aury Lopes Júnior:

Nos crimes dolosos cuja pena máxima é superior a 4 anos e exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, poderão ser utilizadas as medidas cautelares diversas ou, se inadequadas e insuficientes, a prisão preventiva; nos crimes dolosos cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos e exista o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, somente poderá haver decretação de medida cautelar diversa; nos crimes cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos, em que exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, e exista umas das situações dos incisos II ou III do art. 313, poderá ser decretada medida cautelar diversa ou, excepcionalmente, a prisão preventiva.⁶⁰ (grifos do autor)

Seguindo essa corrente, o legislador pretendeu com isso evidenciar que a prisão preventiva deve tornar-se a *ultima ratio*, pois, o juiz, não poderá decretá-la, para aqueles indivíduos que tenham descumprido uma medida cautelar anteriormente imposta por crimes cometidos com pena máxima inferior a 4 (quatro) anos. Isso se deve porque, diante dessa visão, é necessário que se atendam os requisitos e pressupostos elencados, tanto no artigo 312, quanto no artigo 313, ambos do Código de Processo Penal. Ressaltando que esse tema será aprofundado em momento posterior.

Sendo assim, torna-se imperiosa a busca pelo cumprimento dos princípios norteadores do processo penal que iluminam a prisão preventiva, pois, vários são os pilares que estão arraigados no decreto dessa medida tão penosa, fazendo com que o magistrado analise se há realmente a necessidade para sua decretação ou não.

⁶⁰ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 853.

1.3 Base principiológica da prisão preventiva como garantia fundamental

Diversos são os princípios aplicados no âmbito do processo penal, os quais estão diretamente ligados à decretação da prisão preventiva, atingindo, principalmente, os direitos fundamentais desses indivíduos, ou seja, não observam as condições mínimas de direitos que são inerentes a essas pessoas.

O princípio da presunção da inocência ou estado de inocência exige, fundamentalmente, a relevância da prova do crime, devendo haver a demonstração forte de sua materialidade e também de indícios suficientes da autoria ou da participação do agente no delito cometido⁶¹. Com isso, mostra-se necessário haver fortes argumentos para a decretação da prisão preventiva, sob pena de afronta a esse princípio. Além disso, a privação da liberdade só poderá ocorrer em casos extremamente excepcionais, não sendo prudente decretá-la apenas para o fim de ter maior segurança na persecução penal ou, para, simplesmente, como já dito anteriormente, fazer com que esse agente cumpra antecipadamente uma condenação que ainda não é certa.

Logo, com o princípio da presunção de inocência, é possível observar que o princípio da dignidade da pessoa humana não está distante, pois “trata-se, sem dúvida, de um princípio regente, cuja missão é a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantido-lhe o mínimo existencial.”⁶²

Destarte, o princípio da excepcionalidade, o qual se torna fundamental por ressaltar que a prisão preventiva será a última alternativa a disposição do magistrado. Antes da decretação dessa prisão cautelar, é necessário que sejam devidamente analisadas as outras medidas diversas da prisão elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal. É imperioso também que seja realizado o estudo em relação à adequação e suficiência dessas medidas cautelares face a prisão preventiva.

O princípio da legalidade, por sua vez, está estampado em várias de nossas normas jurídicas, como no código de processo penal e, principalmente, na Constituição Federal, o qual acabou por se tornar uma garantia constitucional. É pensando no dever que possui o juiz, de aplicar com sabedoria o direito, que esse princípio deve ser observado com atenção. Tornou-se

⁶¹SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à lei 12.403/11: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 195.

⁶²NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: 2012. p. 45.

regra indispensável para garantir a liberdade e os demais direitos daquele que irá vir a sofrer com uma possível condenação. Sendo assim, a decretação da prisão preventiva deve estar expressamente prevista na lei⁶³, não podendo o juiz ignorar determinados preceitos normativos por mera liberalidade.

Cabe fazer menção, também, ao princípio da provisoriedade, o qual está relacionado ao fato de possuir a prisão preventiva prazo para seu término, ou seja, ela não pode tornar-se infinita, deve possuir um prazo ou uma situação para que possa se extinguir. Caso a situação a que esteja submetida passe por um período muito prolongado, deverá ser extinta. O tempo é a característica principal desse princípio, pois está diretamente relacionado com a curta duração da prisão preventiva.

Outro princípio em evidência é o princípio da proporcionalidade, o qual visa proibir o excesso e os “arbítrios da atividade estatal, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vedando-se a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime”⁶⁴. O legislador pretendeu demonstrar que não é permitido, primeiramente, impor uma medida mais severa, como a decretação da prisão preventiva, sem antes esgotar as medidas que podem ser cabíveis e que gerarão resultados semelhantes, como o monitoramento eletrônico, por exemplo.

Enfim, diante de alguns dos princípios que são enfrentados de uma maneira mais direta, os quais serão objeto de estudo a partir de agora, ainda temos alguns outros⁶⁵ que estão subjetivamente envolvidos com essa questão, pois vai além do simples ato de sujeitar alguém à prisão; trata-se de toda uma relação que está por trás e que liga diversos pontos desde o inquérito policial até a sentença transitada em julgado.

1.3.1 Estado de inocência e dignidade da pessoa humana

As histórias da prisão preventiva e do princípio do estado de inocência estão rigorosamente associadas, pois, na época do Iluminismo, a prisão preventiva voltou a ser estigmatizada, reafirmando que não pode haver pena sem processo, como colabora Luigi Ferrajoli citando diversos pensadores:

⁶³ OLIVEIRA. *Curso de processo penal*. p. 543.

⁶⁴ TÁVORA. *Curso de direito processual penal*. p. 73.

⁶⁵ Jurisdicionalidade, Motivação, Contraditório, Provisionalidade.

Assim, para Hobbes, a prisão preventiva não é uma pena mas um “ato de hostilidade” contra o cidadão, de modo que “qualquer dano que faça um homem sofrer, com prisão ou constrição antes que sua causa seja ouvida, além ou acima do necessário para assegurar sua custódia, é contrário à lei da natureza”. Para Beccaria, “sendo a privação da liberdade uma pena, não pode preceder a sentença senão quando assim exigir a necessidade”: precisamente, a “custódia de um cidadão até que seja julgado culpado, ... deve durar o menor tempo e deve ser o menos dura possível” e “não pode ser senão o necessário para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime”. Para Voltaire, “o modo pela qual em muitos Estados se prende cautelarmente um homem assemelha-se muito a um assalto de bandidos”.⁶⁶

Tanto o princípio do estado de inocência, como o da dignidade da pessoa humana, estão arraigados na Constituição Federal do Brasil, pois, para se decretar a prisão preventiva de alguém, é necessário que o magistrado esteja embasado em indícios de provas contundentes, e não meras alegações sem fundamentos. Nenhum magistrado pode sujeitar outra pessoas, de certo modo inocente, a pena muito mais dura do que possa vir a sofrer. Em um estudo sobre o cabimento da prisão preventiva e o estado de inocência Magno Federici Gomes, corrobora alegando:

Restou claro que o conflito entre a presunção de inocência e a prisão preventiva sempre ocorrerá, sem que haja uma resposta predefinida. Se o *estado de inocência* for devidamente observado quando da aplicação dessa medida acautelatória, com seus pré-requisitos preenchidos devidamente (*fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*), sendo utilizada como último recurso— casos extremos — e amplamente fundamentada pelo juiz competente, haverá a possibilidade de uma aplicação em harmonia, afastando, assim, sua parte de inconstitucionalidade.⁶⁷ (grifos do autor)

Isto posto, nota-se que a decretação da prisão preventiva, como já levantado, deve ser devidamente fundamenta, tendo como princípio regente, o princípio do estado de inocência ou presunção de inocência, que é analisado por Aury Lopes Júnior, para quem:

⁶⁶FERRAJOLI. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. p. 443.

⁶⁷GOMES, Magno Federici; TRINDADE, Hugo Vidal. A compatibilidade entre a presunção da inocência e a prisão preventiva. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 53, p.32.

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.⁶⁸

A decretação da prisão preventiva sem haver legítimas razões jurídicas e fatos concretos individualizados com relação à pessoa do investigado ou acusado, resultará em uma afronta ao princípio em tela e, ainda mais, em uma legítima antecipação da pena. O estado de inocência permanece vigente antes do trânsito em julgado, fazendo vigorar, como regra, a liberdade individual.

Ainda, “o estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana.”⁶⁹ Sendo assim, não pode o indivíduo negar seu direito, o Estado deve respeitar esse princípio, e torná-lo como base para que os magistrados o sigam como norte.

A Constituição Federal, ao fazer menção ao princípio da dignidade da pessoa humana faz com que todos os demais princípios estejam englobados por ele, acaba por se tornar um “princípio de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional.”⁷⁰ No Brasil, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana possui eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Esse princípio objetiva tanto cuidar da garantia de um mínimo de existência, como também, visa respeitar o ser humano como pessoa, sendo essas as funções principais de um Estado Democrático de Direito. Guilherme de Souza Nucci traduz bem essa idéia:

Para que o ser humano tenha a sua dignidade preservada torna-se essencial o fiel respeito aos direitos e garantias individuais. Por isso, esse princípio é a base e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, nem aliado de qualquer cenário, em particular, do contexto penal e processual penal.⁷¹

⁶⁸ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 777.

⁶⁹ NUCCI. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. p. 264.

⁷⁰ *Ibidem*. p. 46.

⁷¹ NUCCI. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. p. 46.

Por fim, esses dois princípios tornam-se pilares para que a prisão preventiva seja aplicada de maneira correta, utilizadas para o seu fim cautelar e não como antecipação de pena. O sujeito não pode ser confundido com um objeto, mesmo aqueles mais cruéis são merecedores de serem tratados com dignidade. Isso não quer dizer que esses indivíduos não possam vir a ser privados de sua liberdade, deverão responder por suas atitudes porém são dignos de receber tratamento humanitário. Ninguém poderá ser submetido a penas degradantes sem ao menos ter a possibilidade de invocar seus direitos fundamentais, pois estes princípios são intrínsecos ao ser humano.

1.3.2 Excepcionalidade

A prisão preventiva, de alguma forma, não vem sendo utilizada para seu devido fim. Essa medida deve ter em seu objetivo a tutela cautelar, mas é utilizada como um meio de “castigo” para o indivíduo que cometeu algum delito.

Diante de tantas outras medidas que foram inseridas com o advento da Lei n. 12.403/11, é necessário que se tome consciência que a prisão preventiva é a última opção a ser pensada e não a primeira. Hoje, no Brasil, essa medida (prisão preventiva), vem sendo cada vez mais banalizada, pois, primeiro se prende para depois investigar, quando na verdade o Estado deveria exaurir toda a investigação para depois, com a presença do *fumus commissi delicti* e o *fumus boni júris*, decretar a prisão preventiva.

Ainda, se esse indivíduo for encaminhado de pronto ao cárcere, fará com que o sistema prisional fique esgotado (como já se encontra), gerando mais custos e fazendo com que tenha que conviver com indivíduos de índole voltada ao crime, tornando-se assim uma verdadeira escola criminal.

Deve-se ter em mente que a liberdade é a regra⁷², é necessário que se esgotem todas as alternativas antes da decretação da prisão preventiva, pois as medidas cautelares regem-se pela

⁷² “(...) Sabe-se que a prisão em flagrante é uma espécie de prisão provisória, possuindo natureza tipicamente cautelar, posto que objetiva, em última análise, garantir a eficácia de um provimento jurisdicional futuro, o qual poderá vir a se tornar inútil em algumas hipóteses, se o acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento definitivo. Em se tratando de prisão cautelar, reveste-se a mesma do caráter de excepcionalidade, uma vez que somente pode ser decretada quando absolutamente necessária. A segregação cautelar, pois, se consubstancia em medida de extrema exceção e somente se justifica em casos excepcionais, onde a custódia antecipada, embora um mal, seja indispensável. O Enunciado n° 09 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça dispõe claramente que a prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB. E não poderia ser diferente, já que a própria Carta Magna admite a prisão provisória nos casos de flagrante (CF, artigo 5º, LXI) e de crimes inafiançáveis (CF, artigo 5º, XLIII). Luiz Flávio Gomes, citando Alberto Silva Franco, lembra que “a prisão cautelar não atrita de forma irremediável com a presunção da

excepcionalidade.⁷³ Na verdade, as prisões cautelares vem sendo utilizadas para outro fim, como salienta Aury Lopes Júnior, o qual entende que:

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico de prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.⁷⁴

Com isso, é notório que como um todo, o judiciário brasileiro não está tendo uma visão garantista frente a prisão preventiva. Far-se-á posteriormente um estudo em relação ao número de presos preventivos e de presos em regime fechado, onde poderá se chegar à conclusão de que se esta prendendo muito mais, do que aplicando as outras medidas diversas da prisão elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Dessa forma, a conseqüência lógica é o superlotação das prisões, fazendo com que a criminalidade somente cresça.

1.3.3 Legalidade

Não obstante, o princípio da legalidade traz a tona o dever de cuidado que o Estado deveria ter para não ordenar a prisão cautelar de alguém sem possuir uma justa causa, devidamente baseada em parâmetros rígidos, pois, caso contrário, estará ceifando um indivíduo de seu maior bem, ou seja, sua liberdade.

O magistrado deve estar ciente que para emanar uma ordem de prisão ela deve estar expressamente prevista em lei, não podendo criar nenhuma outra situação, mesmo entendendo

inocência. Há, em verdade, uma conveniência harmonizável entre ambas desde que a medida de cautela preserve o seu caráter de excepcionalidade e não perca a sua qualidade instrumental. a prisão cautelar não pode, por isso, decorrer de mero automatismo legal, mas deve estar sempre subordinada à sua necessidade concreta, real efetiva, traduzida pelo *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*." (Direito de Apelar em Liberdade, 2ª ed., Revista dos Tribunais, p. 49). Conforme já decidiu o STJ, ‘a prisão processual, medida extrema que implica sacrifício da liberdade individual, deve ser concebida com cautela em face do princípio constitucional da presunção da inocência, somente cabível quando presentes razões objetivas, indicativas de atos concretos suscetíveis de causar prejuízo à ordem pública (e econômica), à instrução criminal e à aplicação da lei penal (CPP, artigo 315; CF, artigo 93, IX)’ (STJ, HC 9.896/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJU, 29/11/1999). Não se ignora, ainda, que a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal não admite a prisão cautelar fundada exclusivamente na gravidade do delito, devendo estar sedimentada em razões concretas e objetivas. (...)” (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 0061142-20.2011.8.19.0000**, da 8ª Câmara Criminal. Relator: Des. Marcus Quaresma Ferraz. Rio de Janeiro, 18 jan. 2012. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br> > Acesso em: 27 fev. 2013.)

⁷³ NICOLITT. **Lei nº 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. p. 37.

⁷⁴ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 793.

que estão presentes situações que supostamente possam colocar o processo em risco. Sendo assim, como já salientado, é devida a observância tanto do artigo 312, como do artigo 313, ambos do Código de Processo Penal.

A Constituição Federal do Brasil delimita várias normas referentes a prisão cautelar, tendo como objetivo o controle da aplicação dessa medida. Traz, ainda, em seu rol de direitos fundamentais, diversos atos que deverão ser obedecidos em relação àquele que fora preso. Dessa maneira “a prisão cautelar obedece rígido procedimento e merece rigoroso controle, motivos pelos quais se encaixa, com perfeição, no princípio da legalidade, sob o prisma processual penal.”⁷⁵

1.3.4 Provisoriedade e proporcionalidade

Tratar-se-á primeiramente do princípio da provisoriedade, o qual ressalta que a prisão cautelar deve possuir tempo determinado para sua duração. Esse tipo de prisão não pode ser utilizada como antecipação da pena, pois como já dito, sua função é meramente cautelar. A indeterminação do tempo de duração tem sido um dos grandes problemas do sistema cautelar brasileiro.

Mesmo com o advento da Lei n. 12.403/11 o problema da duração da prisão cautelar não foi resolvido, deixando assim uma lacuna que é utilizada em desfavor do investigado ou acusado, sendo objeto de discricionariedade do magistrado, conforme Aury Lopes Júnior, para quem:

Com a reforma operada pela Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, perdeu-se uma grande oportunidade de resolver o problema da falta de definição em lei da duração máxima da prisão cautelar e também da previsão de uma sanção processual em caso de excesso (imediata liberação do detido). O limite aos excessos somente ocorrerá quando houver prazo com sanção. Do contrário, os abusos continuarão.⁷⁶

Posto isso, é possível perceber que as medidas cautelares estão situadas em um ponto onde o juiz, analisando o caso concreto, deverá decidir qual medida aplicar. É devido a esse fato que o princípio da proporcionalidade é considerado como sendo um dos pilares das

⁷⁵NUCCI. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. p. 111.

⁷⁶LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 790.

prisões cautelares, pois será o momento em que o juiz irá ponderar sobre a gravidade do delito e a medida a ser aplicada. André Luiz Nicolitt faz menção a uma tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, onde traz os seus requisitos, quais sejam eles:

(a) **adequação**, isto é, exigência de que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a alcançar os objetivos pretendidos; (b) **necessidade** ou **exigibilidade**, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o alcance dos fins almejados; (c) **proporcionalidade em sentido estrito**, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.⁷⁷ (grifos do autor)

Sendo assim, o juiz está obrigado a obedecer esses três requisitos, com o fito de aplicar ao agente infrator uma medida que seja coerente com o delito praticado, pois, “jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação à presunção de inocência.”⁷⁸ Da mesma forma, caso o juiz tenha uma perspectiva de que ao final do processo aquele agente não será preso, não poderá ser decretada a prisão desse indivíduo, pois afrontaria o princípio da proporcionalidade.

Deverá o magistrado agir com parcimônia no momento da avaliação do caso concreto e da medida a ser imposta, pois há diversas medidas alternativas a serem analisadas para somente ao final, poder utilizar-se da prisão preventiva. Como acentua Hidemberg Alves da Frota citando Roxin:

Não se pode castigar – por falta **de necessidade** – quando outras medidas de política social, ou mesmo as próprias prestações voluntárias do delinquente garantam uma protecção suficiente dos bens jurídicos e, inclusivamente, ainda que se não disponham de meios mais suaves, há que renunciar - por falta de **idoneidade** – à pena quando ela seja política e criminalmente inoperante, ou mesmo nociva.⁷⁹ (grifos do autor)

Diante desse contexto, se busca evidenciar que a prisão preventiva tornar-se-á uma pena antecipada, caso esses requisitos de aplicação não sejam cumpridos. Como já ressaltado, há tantos outros meios anteriores à decretação da prisão preventiva, pois sua aplicação sumária é uma verdadeira afronta às garantias fundamentais.

⁷⁷ NICOLITT. **Lei nº 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. p. 34 et. seq.

⁷⁸ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 794.

⁷⁹ FROTA, Hidemberg Alves da. Necessidade concreta da pena e princípio da proporcionalidade. **Revista CEJ**, Brasília, v. 12, n. 41, p. 24-32, abri./jun. 2008. p.30.

2 O UNIVERSO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUA CONSEQUÊNCIA

Este capítulo apresentará como a prisão preventiva é vista no processo penal brasileiro após o advento da Lei n. 12.403/11, a qual estabeleceu critérios diversos para a sua decretação. Foram feitas alterações em praticamente todos os artigos desse capítulo Código de Processo Penal, fazendo com que a prisão preventiva viesse a se tornar uma medida excepcional, a *extrema ratio* da *ultima ratio*.

Em um primeiro momento é necessário abordar o tema da prisão preventiva em relação ao processo penal brasileiro e como os magistrados têm utilizado essa medida tão estigmatizante contra o investigado ou acusado. Far-se-á um estudo em relação ao falso sentimento de segurança pública que é gerado com o enclausuramento desses ditos “delinquentes”.

A sociedade como um todo tem a sensação de estar segura quando um indivíduo que tenha cometido um crime é levado para trás das grades. O fato é que esse indivíduo que tenha cometido o crime, não irá ficar refletindo sobre sua atitude dentro de uma cela com um espaço mínimo e ainda lotado com outras pessoas (onde na maioria das vezes nem dormir deitado pode). Esse mesmo indivíduo irá estreitar suas relações com aqueles sujeitos que de certa forma são mais atuantes no mundo do crime, e provavelmente, sairá uma pessoa muito pior daquela que entrou.

Cada vez mais pessoas estão sendo enviadas ao famigerado cárcere brasileiro, é evidente que não poderia ter outro fim se não o da supetlotação das prisões. A prisão preventiva tem colaborado, e muito, para que isso ocorra, pois, conforme se verá adiante, é cada vez maior o número de presos preventivos submetidos a essa “monstruosa colônia de férias”.

Na grande maioria dos casos, esses presos provisórios são obrigados a conviver com aqueles presos que já estão cumprindo uma pena, quando deveriam ter um espaço separado, garantido constitucionalmente. Outra situação corriqueira, diz respeito às prisões impostas para aqueles que tenham cometido crimes de menor potencial ofensivo, que na verdade deveriam estar sendo submetidos a outras medidas, que não essa. E, também, o fato da possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício, herança do processo penal inquisitivo.

Esse punitivismo exacerbado é cada vez mais evidente. Grande parcela desse pensamento está ligado à mídia, que acaba exercendo uma “pressão” sob os magistrados para que eles prendam cada vez mais. Outra questão, por essa mesma mídia, incentivar as pessoas a

acharem que a prisão é a solução, que somente assim a população estará protegida desses “malfeitores”. É com esse pensamento e influência da mídia que cada vez mais o punitivismo toma conta da sociedade e de parte dos magistrados.

É necessário que um pensamento conflitante venha à tona, para que se busque realmente a ressocialização desse indivíduo, que seja dada uma segunda chance para esse agente infrator não voltar a cometer delitos, inflando o sistema prisional cada vez mais. Com essa breve síntese dos próximos tópicos a serem trabalhados, é que se passa a análise pormenorizada de cada item.

2.1 Processo penal brasileiro e a prisão preventiva

A prisão preventiva, com a nova Lei n. 12.403/11, vem a tornar-se subsidiária, pois será a última medida a ser imposta. Há, antes da sua decretação, outras tantas medidas para serem impostas para somente depois, então, utilizar-se da prisão cautelar. Porém, “no Brasil, a prisão preventiva vem apresentando índices crescentes, sendo utilizada como medida de proteção e defesa social, sendo colocado em segundo plano o juízo de necessidade da medida e considerado o de conveniência”.⁸⁰

A Lei n. 12.403/11 chegou para ser um divisor entre o modelo antigo e o novo, tornando-se com essa reforma, um modelo mais garantista e democrático, atingindo o processo penal de forma a ver com mais valoração a liberdade dos ditos delinquentes.⁸¹ Antes da referida Lei, era comum que a prisão preventiva fosse uma decisão entre prender e soltar, e como era de costume, restava ao judiciário prender, afrontando dessa maneira a presunção de inocência e fazendo com que essa medida se tornasse uma verdadeira antecipação da pena, que ao final, talvez, nem viesse a ser imposta⁸².

Uma nova visão é utilizada pelo legislador referente à prisão preventiva, determinando o uso das diversas medidas cautelares, veja-se:

⁸⁰ VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 141.

⁸¹ PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da Lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 19, n. 223. Jun. 2011, p. 10.

⁸² VALENTE, Rodolfo de Almeida. As Boas Novidades da Lei 12.403 de 2011. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 19, n. 225. Ago. 2011, p. 9.

O uso extensivo destas penas alternativas e complementares ao encarceramento generalizado diminuiriam a pressão sobre o sistema prisional e ampliariam as possibilidades dos tribunais de fazer justiça com atenção às necessidades de segurança da comunidade e de ressocialização do delinquente.⁸³

Para o legislador, o uso das medidas cautelares é imprescindível para que se possa conter o aumento indiscriminado da população carcerária, atingindo da mesma forma o objetivo de contenção da criminalidade e também dando uma resposta à comunidade de maneira menos gravosa. Evitar-se-á, assim, que as famílias dependentes daquele agente infrator não sofram, também, com a sua prisão imediata, pois estando em liberdade poderá mantê-la e gerar de alguma outra forma benefícios para o Estado.

O que vem à tona com essa nova lei é a reafirmação do caráter de excepcionalidade da prisão preventiva, onde ela somente será aplicada quando realmente não forem cabíveis outras medidas cautelares. Não basta, também, que o magistrado justifique a sua decretação por si só, ele terá que justificar o porquê da não aplicação das outras medidas cautelares, qual o motivo que o levou a aplicar, de início, essa tão rigorosa medida⁸⁴.

Para aqueles que possuem uma visão garantista, a nova Lei é digna de aplausos, visando nada mais do que o cumprimento da Constituição Federal, onde a liberdade é a regra e a prisão a exceção. É necessário que todos os requisitos da prisão preventiva estejam atendidos para que ela possa ser decretada. Já para aqueles que possuem uma visão mais punitivista, essa lei acaba por se tornar um retrocesso processual⁸⁵.

O legislador acabou por constituir duas correntes que ensejam um conflito na interpretação de dois artigos, o artigo 312 e o 313 do Código de Processo Penal. Essas duas correntes possuem argumentos, tanto para afirmar que a prisão preventiva será decretada para crimes com pena máxima inferior a quatro anos, como para afirmar que somente será decretada nos casos expressos do rol taxativo do artigo 313 do Código de Processo Penal.

Por fim, é intrigante a discussão tanto para uma, como para a outra corrente. Agora, cabe ao magistrado interpretar de acordo com sua visão, seja ela mais garantista ou

⁸³ CAIADO, Nuno. A urgência das penas alternativas à prisão efetivas no Brasil. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 19, n. 227, Out. 2011, p. 7.

⁸⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mais reflexões sobre a Lei 12.403/11. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 19, n. 223, Jun. 2011. p. 13.

⁸⁵ GOMES, Luiz Flávio. **A lei das medidas cautelares é um avanço ou um retrocesso?** Hermenêutica e pré-Compreensões. . Instituto de Pesquisa e Cultura Prof. Luiz Flávio Gomes. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/a-lei-das-medidas-cautelares-alternativas-e-um-avanco-ou-um-retrocesso-hermeneutica-e-pre-compreensoes/>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

punitivista, pois tanto para um lado, como para outro, o juiz terá embasamento para sua decisão.

2.2 O imaginário social de segurança pública

Em meio a tanta criminalidade, grande parte da população acredita que somente estará protegida se aquele sujeito infrator estiver enclausurado em uma cela. “Ao contrário do que divulga sua enganosa publicidade, o sistema penal não se destina a fornecer proteção, segurança, tranquilidade, justiça.”⁸⁶ Porém, uma reflexão torna-se extremamente importante: será que realmente a sociedade estará protegida com esses indivíduos presos? Na verdade não. O que se busca com o encarceramento é retirar e isolar indivíduos que não possuem “condições econômicas para participar do jogo do consumo capitalista, deixando de ser vistos por aqueles que são considerados indivíduos ‘bons’, fato que acaba por criar uma falsa sensação de segurança e de que a justiça está sendo realizada”.⁸⁷ Essa questão do jogo do consumo capitalista é bem traduzida por Zygmunt Bauman, quando relata:

Mais amplo e mais profundo é o hiato entre os que desejam e os que podem satisfazer os seus desejos, ou entre os que foram seduzidos e passam a agir de modo como essa condição os leva a agir e os que foram seduzidos mas se mostram impossibilitados de agir do modo como se espera agirem os seduzidos. A sedução do mercado é, simultaneamente, a grande igualadora e a grande divisora. Os impulsos sedutores, para serem eficazes, devem ser transmitidos em todas as direções e dirigidos indiscriminadamente a todos aqueles que os ouvirão. No entanto, existem mais daquele que podem ouvi-los do que daqueles que podem reagir do modo como a mensagem sedutora tinha em mira fazer aparecer. Os que não podem agir em conformidade com os desejos induzidos dessa forma são diariamente regalados com o deslumbrante espetáculo dos que podem fazê-lo. O consumo abundante, é-lhes dito e mostrado, é a marca do sucesso e a estrada que conduz diretamente ao aplauso público e à fama. Eles também aprendem que possuir e consumir determinados objetos, e adotar certos estilos de vida, é a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana.⁸⁸

É evidente que enclausurar um indivíduo não fará que a sociedade se sinta mais segura, muito pelo contrário. É nítido que cada vez mais os presos têm se organizado e formado grupos para a continuação delituosa, mesmo estando dentro dos presídios. Ainda,

⁸⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 23.

⁸⁷ VASCONCELLOS. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. p. 62.

⁸⁸ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de: Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. p. 57.

aquele sujeito que possui uma índole voltada ao crime, não deixará de cometer um delito por “medo” de ir preso. A respeito desse assunto, Maria Lúcia Karam aduz que:

A história já demonstrou o vazio da anunciada função de prevenção geral negativa⁸⁹, que acena com um suposto efeito dissuasório da pena, jamais comprovado. A ameaça da pena nunca evitou a formação de conflitos ou a ocorrência das condutas etiquetadas como crimes. Ao contrário. Basta pensar que hoje, depois de séculos de funcionamento do sistema penal, busca-se um maior rigor e um maior alcance em sua aplicação exatamente sob os pretextos de um aumento incontrolado do número de crimes, de uma diversificação e de maiores perigos advindos de uma “criminalidade” apresentada como crescentemente poderosa. A realidade claramente indica que o surgimento de conflitos ou de condutas negativas ou indesejáveis pouco tem a ver com o número de pessoas punidas ou com a intensidade das penas impostas.⁹⁰

Mister salientar que a prisão deve existir, porém de uma maneira que possa realmente cumprir sua função⁹¹. A prisão preventiva vem sendo utilizada como uma verdadeira forma de controle social, atuando o sistema penal “como mera manifestação de poder, servindo tão somente como instrumento de dominação.”⁹² É necessário que o juiz se abstenha da pressão punitiva que lhe é empregada, pois deve agir em consonância com os direitos fundamentais que esse indivíduo possui e que lhe são irrenunciáveis, propiciando-lhe uma sanção proporcional e justa.

Como requisito para a utilização da prisão cautelar, a necessidade de preservação da ordem pública acaba por demonstrar que possui uma função de segregação social, de controle do acusado, que é, assim, excluído da sociedade. Este quesito serve também aos cidadãos que clamam por mais punição, conferindo aos mesmos uma sensação aparente de segurança, uma vez que, através da medida de prisão, a “classe social perigosa” está sendo devidamente reprimida. Segundo Cruz, as medidas cautelares entram em uma lógica do sofrimento, na qual a prisão é utilizada como meio de separação entre os bons e os infratores. “As assim chamadas penas alternativas – multa, prestação de serviços à comunidade, restrições de direitos – são aceitas como formas menos aflitivas de punição, mas, no imaginário popular,

⁸⁹ Prevenção geral negativa caracteriza-se “pelo efeito de intimidação que a ameaça e sua imposição ou sua aplicação ou execução concreta possam produzir no seio da comunidade. É o fenômeno da coação psicológica da pena.” (DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 434)

⁹⁰ KARAM, Maria Lúcia. **A privação da liberdade: O violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 2-3.

⁹¹ Ver item 3.3.

⁹² KARAM. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. p. 23.

somente quando o criminoso é recolhido a uma prisão há, efetivamente, a esperada punição.⁹³

Essa questão, de certa forma, se torna uma controvérsia, pois muitos querem que cada vez se puna e se prenda mais, mas provavelmente esses que estão exigindo punições maiores também são infratores. Maria Lúcia Karam, em outra obra, traz um pensamento no qual aduz que deveríamos viver em um gigantesco presídio, pois, conforme se vê:

Quem poderia dizer que nunca cometeu um crime: um pequeno furto, um atestado médico falso, um jeitinho para pagar menos imposto de renda (ou seja, uma sonegação fiscal), uma propina para o guarda, (...)? Fosse efetivamente cumprida a lei penal, para que se punissem todos os casos em que se desse sua violação, praticamente não haveria ninguém que não fosse várias vezes processado e punido, tendo-se que propor como consequência, tão lógica quanto absurda, a transformação da sociedade em um imenso presídio, o que também não funcionaria, pois dificilmente sobraria alguém para julgar, ou para exercer a função de carcereiro.⁹⁴

Isto posto, torna-se evidente que a punição não trará mais segurança a sociedade. A verdadeira ideia dessas pessoas que pensam que se deve prender mais, está relacionada com a primeira função das sanções, qual seja, o castigo. Cria-se uma falsa ideia de segurança, pois um indivíduo é retirado (que ainda poderia colaborar para essa mesma sociedade) do convívio daqueles que supostamente são dignos de estarem em liberdade, conforme Fernanda Vasconcellos:

O recolhimento do indivíduo que praticou ato delitivo a um estabelecimento prisional tem como significado para a população de que esse não permaneceu impune, pouco importando, mesmo quando há a compreensão da diferença (fato raramente observado), se está preso cautelarmente ou se cumpre prisão-pena. Manter o indivíduo solto, além de significar a impunidade, também significa que o crime cometido não encontrou resposta efetiva por parte do estado. Logo, a sensação de insegurança e de incredulidade nos mecanismos de controle estatais torna-se crescente, fato este que só pode ser resolvido, de forma rápida, com a

⁹³ VASCONCELLOS. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. p. 159.

⁹⁴ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Rio de Janeiro: Luam Ed., 1993. p. 202.

prisão do acusado, acalmando assim o sentimento de medo e de indignação da sociedade.⁹⁵

A crítica feita ressalta que, a prisão preventiva além de submeter um indivíduo a uma medida extremamente desgastante, fará com que ele se torne uma pessoa possivelmente revoltada e, de certa forma, “carimbada”⁹⁶, pois certamente enfrentará preconceito fora das prisões. Com isso, a provável saída, será voltar a delinquir, reinscrindo-se nas estatísticas do falido sistema carcerário brasileiro.

2.3 A prisão preventiva e a crise do sistema carcerário

Hoje no Brasil, vive-se um período de grande preocupação com o sistema carcerário e os que dele usufruem, pois a superlotação já tomou conta de praticamente todos os presídios. O descaso dos entes públicos com a melhora das condições dos presídios é, talvez, a maior causa da precariedade do sistema carcerário. A situação precária das prisões no Brasil não refletem somente dentro do país, alcançam relevância fora do território nacional também, como se pode ver, em trecho de artigo publicado por José de Melo Alexandrino em Portugal:

A denúncia da *gravíssima situação das prisões* no Brasil tem sido feita não só por este tipo de relatórios (Human Rights Watch ou a Freedom House), externos e internos, mas também pelo Tribunal Americano dos Direitos do Homem, por Comissões Parlamentares de Inquérito, pela Comissão da Pastoral das Prisões, não

⁹⁵ VASCONCELLOS. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. p. 160.

⁹⁶ “A criminalização do desviante, em sintonia com a estigmatização exposta nos fatores do desvio tem sido foco central da atenção da escola interacionista, por meio da chamada teoria da rotulação. Tal teoria analisa o processo pelo qual um papel desviante se cria e se mantém mediante a imposição de rótulos delitivos. Uma etiqueta social seria uma designação ou nome estereotipado, imputado a uma pessoa, baseando-se em alguma informação que se tem sobre ela são formas de se classificar indivíduos. O *label*, ou a etiqueta, apresenta uma série de atributos de verificação, quais sejam: (i) visibilidade e invisibilidade caracterizam-se como o principal elemento de identificação: elevam o indivíduo por cima dos que o rodeiam, tornando-o visível e ao mesmo tempo, invisível. Mais visível porque é assim que sua verdadeira identidade se perde. Além disso, a (ii) criação de autoetiquetas isto quer dizer que a pessoa se percebe a si mesma tal qual imagina que os demais a veem. (...) Ou seja: as etiquetas sociais negativas criam expectativas igualmente negativas, que levam os rotulados, a, inevitavelmente, sentirem-se compelidos a situar-se no molde da percepção dos expectadores que os veem. Neste cenário estigmatizante, os comportamentos do rotulado se tornam coerentes com aqueles esperados pelos que não são estigmatizados, e que, nesta conjuntura, esperam que tais condutas sejam realizadas. Por último, a estigmatização traz em seu bojo a produção do desvio secundário: assim, pois, as formas desviantes de comportamento muitas vezes extraem seu alimento das mesmas agências que foram criadas para inibi-las. Cria-se, neste giro, o paradoxo de que o próprio processo de tratamento gera a conduta estereotipada.” (MARTINS, Isabela do rosário Lisboa. “Do “Labeling Approach Tupiniquim”: uma análise compensatória à compreensão criminológica-radical”. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/novo/artigo/10707-Do-C2%93Labeling-Approach-Tupiniquim%C2%94-%C2%96-uma-analise-compensatoria-a-compreensao-criminologico-radical>>. Acesso em: 15 mar. 2013.)

menos, por dois marcantes discursos proferidos em 2010, um pelo anterior e outro pelo actual Presidente do Supremo Tribunal Federal.⁹⁷

Realizar-se-á um breve estudo em relação aos dados que o Ministério da Justiça trás em seu site o InfoPenEstatística⁹⁸, que é o registro de indicadores gerais e preliminares sobre a população penitenciária do país, que em junho de 2012, o número de presos provisórios era de 191.024 e o número de presos em regime fechado era de 216.075. Analisando os números, vê-se que os magistrados estão utilizando da prisão preventiva para outro fim, pois o número de presos preventivos e de presos condenados está se igualando. Sendo assim, é notório que os juízes estão “condenando” antecipadamente os acusados, sem antes mesmo ter a condenação concreta desse indivíduo⁹⁹.

Em relação à superlotação, outro dado chama à atenção. O número de vagas no sistema prisional em 2012 era de 309.074 e a população carcerária já era de 549.577. Nota-se que em poucos anos, se não forem criadas novas vagas, a população carcerária terá o dobro da sua capacidade. Diante desses dados não há como não ver que o sistema penitenciário brasileiro está defasado e sem nenhuma perspectiva de mudança. Ainda, com relação aos dados do InfoPen Estatística, nota-se outro dado importante, menos de 1/3 da população carcerária está envolvida com trabalhos internos, como por exemplo, apoio ao estabelecimento penal, trabalhos externos, como em parcerias de incentivo com a iniciativa privada ou em atividades educacionais como a alfabetização. Com isso, o gasto do Estado é cada vez maior e sem haver qualquer tipo de retorno, além de deixar esses indivíduos desocupados e preocupados em achar alguma maneira de burlar esse sistema.

A prisão preventiva, por todos os dados analisados deve ser aplicada como *ultima ratio* ou, analisando sob outro ponto de vista, deve ser imposta somente nos casos de acusados que sejam realmente perigosos, onde deve ser decretada por motivos justificadamente relevantes. Tudo isso visa o cumprimento da Constituição Federal, onde todos devem ser considerados inocentes até a condenação efetiva, e não deve a justiça iniciar de imediato a punição desse

⁹⁷ ALEXANDRINO, José de Melo. Perspectivas dos direitos fundamentais em Portugal e no Brasil do século XXI. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 32, n. 127, p.243-253, jul./set. 2011. p. 246.

⁹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. InfoPen Estatística. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2012

⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Cadeia só para casos muito graves**. Instituto de Pesquisa e Cultura Prof. Luiz Flávio Gomes. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/cadeia-so-para-casos-muito-graves/>>. Acesso em: 11 mar. 2012

agente ainda no transcorrer do processo¹⁰⁰, afrontando os princípios basilares do processo penal, como o do estado de inocência e o tão importante e necessário princípio do devido processo legal, ocorrendo, inclusive, com isto, a superlotação dos presídios.

É cada vez maior o número de pessoas que estão aguardando seu julgamento presas. É com relação à todos os dados acima citados que observa-se que o encarceramento de maneira alguma cumpre seu objetivo primordial, qual seja, a ressocialização. Cada vez mais encontram-se presídios lotados e aqueles que estão cumprindo a medida cautelar, juntos dos que já estão cumprindo sua sentença em regime fechado¹⁰¹. É devido a esse fato que o sistema carcerário se esgota e faz com que se torne uma verdadeira “escola criminal”, onde Cezar Roberto Bitencourt alega que a prisão atua como um fator criminógeno, elencando três fatores, que são classificados como materiais, psicológicos e sociais.¹⁰²

Com o advento da Lei n. 12.403/11, o legislador tentou reduzir o número da população carcerária, impondo medidas cautelares diversas para aqueles presos provisoriamente, fazendo com que não sejam presas desnecessariamente e evitando um gasto maior para manter esse indivíduo sob a custódia do Estado. Evita-se, ainda, a destruição familiar e também a relação de trabalho que, esse condenado possa ter, fazendo com que ele gere renda para inserir na economia do Estado¹⁰³ e também no sustento de sua família.

Colaborando com o estudo realizado até aqui, Augusto Thompson, ao final de um estudo sobre recuperação penitenciária, questiona se essa questão tem solução. Sua resposta é a seguinte:

No momento, espeso o ponto de vista de que a questão penitenciária não tem solução “em si”, porque não se trata de um problema “em si”, mas parte integrante de outro maior: a questão criminal, com referência ao qual não desfruta de qualquer

¹⁰⁰GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade para presos não perigosos**. Instituto de Pesquisa e Cultura Prof. Luiz Flávio Gomes. Disponível em <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/liberdade-para-presos-nao-perigosos/#more-8964>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

¹⁰¹GOMES, Luiz Flávio. **Resumo em 15 tópicos sobre as mudanças da Lei 12.403**. Instituto de Pesquisa e Cultura Prof. Luiz Flávio Gomes. Disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/colonista-convidados/ivan-luis-marques/resumo-em-15-topicos-sobre-as-mudancas-da-lei-12-403/#more-7857>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

¹⁰² “a) Fatores materiais: Nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamento e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar, umidade e nos odores nauseabundos. b) Fatores psicológicos: um dos problemas mais graves que a reclusão produz é que a prisão, por sua própria natureza, é um lugar onde se dissimula e se mente. O costume de mentir cria um automatismo de astúcia e de dissimulação que origina os delitos penitenciários, os quais, em sua maioria, são praticados com artimanhas. (...) A aprendizagem do crime, a formação de associações delitivas, são tristes conseqüências do ambiente penitenciário. c) Fatores Sociais: (...) O isolamento sofrido, bem como a chantagem que poderiam fazer antigos companheiros de cela, podem ser fatores decisivos na definitiva incorporação ao mundo criminal. Todos os fatores referidos comprovam a tese de que a prisão é um meio criminógeno.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 165 et. seq.)

¹⁰³VALENTE. As Boas Novidades da Lei 12.403 de 2011. p. 9.

autonomia. A seu turno, a questão criminal também nada mais é que mero elemento de outro problema mais amplo: o das estruturas sócio-política-econômicas. Sem mexer nestas, coisa alguma vai alterar-se em sede criminal e, menos ainda, na área penitenciária.¹⁰⁴

Por fim, com a aplicação dessa nova Lei os juízes deveriam ter uma maior cautela para a aplicação da prisão preventiva, onde os magistrados deverão obedecer à pressupostos e requisitos mais severos antes da aplicação dessa medida. Como já dito, a prisão é a *ultima ratio*, conseqüentemente, torna-se, assim, uma maneira de esvaziar o sistema carcerário e também buscar evitar a reiterada prática criminosa. Sua aplicação concreta no sistema judiciário é imperiosa e visa um olhar voltado para os direitos humanos, na tentativa de humanizar o sistema penal.

2.4 Prisão preventiva nos crimes de maior potencial ofensivo

Sendo a prisão uma pena tão árdua em sua própria existência, e, ainda, estando o sistema carcerário inflado de tal maneira, não há motivos para as prisões preventivas continuarem a serem utilizadas de forma tão abusiva. O que se nota, é uma vulgarização da medida, conforme os dados analisados anteriormente. Os artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal, são claros ao explicitar os casos em que poderá ser decretada.

Primeira questão a ser suscitada tem relação com os crimes culposos. Prevê expressamente o início do artigo 313, no inciso I, que será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos. Sendo assim, “viola qualquer senso mínimo de proporcionalidade ou necessidade, além do caráter excepcional da medida, a imposição de prisão preventiva em crime culposo”¹⁰⁵ ou, ainda, em contravenções penais.

O segundo apontamento vem ao final do inciso I, do artigo 313, quando é mencionado que, a prisão preventiva poderá ser decretada para crimes dolosos, conforme já dito, porém só para aqueles que tenham pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. Desta forma, conforme Marcellus Polastri Lima, para quem:

¹⁰⁴ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 110.

¹⁰⁵ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 832.

A reforma operada pela Lei n. 12.403/2011 dispõe, ainda, que ao crime de reclusão deve ser fixada pena máxima superior a 4 anos e, assim, nem mesmo quando o crime tenha pena igual a 4 anos será admitida a prisão preventiva, até porque, neste caso, dando-se a condenação poderá haver substituição por pena restritiva de direitos devendo o juiz optar por uma das cautelares pessoais substitutivas à prisão prevista nos arts. 317 a 319 ou decretar liberdade provisória com fiança, quando evidentemente, não for caso de liberdade provisória sem fiança.¹⁰⁶

A ideia central dessa lei foi descarcerizadora, aumentando o quanto de pena privativa de liberdade para a possibilidade da decretação da prisão preventiva. Porém, como fora visto anteriormente, não foi esse o resultado obtido. Paulo Rangel traz uma observação em relação à decretação da prisão preventiva para crimes punidos com detenção, onde hoje, não há mais a distinção entre detenção e reclusão, pois, veja-se:

Não faz sentido que admita prisão preventiva nos crimes punidos com detenção, pois a maioria dos crimes cuja pena máxima é superior a quatro anos é punido com reclusão. Entendemos que a vedação de prisão nos crimes punidos com a detenção vem ao encontro da característica da homogeneidade, não sendo mais admissível que se decrete prisão somente por ser o réu vadio ou por haver dúvida quanto à sua identidade. Nesse caso, não cabe mais prisão preventiva em crime doloso apenado com detenção pelo simples fato de que este crime, por si só, não autorizaria a prisão em decorrência de uma pena imposta, não sendo razoável que haja um sacrifício maior durante o curso do processo e não possa haver no final dele em decorrência da pena imposta.¹⁰⁷

Com isso, está nítido que o legislador buscou uma tentativa de esvaziamento dos cárceres e, também, uma tentativa de menor punição. A prisão preventiva deveria ser utilizada somente para os casos em que realmente fosse necessária, e não como uma praxe judiciária, onde facilmente poderiam ser aplicadas as outras tantas medidas cautelares.

Essa prática suscitada é facilmente notada quando, anteriormente, fora feita a análise dos números disponibilizados pelo INFOPEN, ou seja, os magistrados estão tornando a prisão preventiva vulgar, utilizando-a de maneira errônea, pois esta se chegando ao absurdo de ter mais presos provisórios do que presos em regime fechado. Dessa forma, os magistrados devem parar de tentar dar respostas falaciosas à sociedade, devendo atentar-se as leis e segui-las, de uma maneira que não cause tanto prejuízo ao agente infrator e também para a sociedade, evitando o crescimento da criminalidade.

¹⁰⁶ LIMA, Marcellus Polastri. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do código de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 113.

¹⁰⁷ RANGEL. **Direito Processual Penal**. p. 786-787.

2.5 A banalização da prisão preventiva e a culpa antecipada

Cada vez mais, grande parte da sociedade, deseja um Código Penal mais rígido, penas mais severas, prisão para todos os delinquentes, entre outras providências, mas acabam não refletindo que tudo isso poderá, um dia, voltar contra si mesmos. Ao invés de gritarem por mais educação, moradia a todos, saúde, pedem para punir aqueles que estão largados à sorte pelo Estado.

Uma observação feita por João Paulo Dias, doutrinador português, citando Boaventura de Souza Santos, seria prudente nesse momento, o qual ressalta o paradoxo que vive o sistema judiciário português, e que também poderia ser utilizada no Brasil, pois:

O sistema judicial ganha visibilidade social e política por ser, simultaneamente, parte da solução e parte do problema da aplicação do Estado de direito. Quando é visto como parte da solução, a atenção dirige-se para o poder judicial e o activismo judicial (aquela que toma iniciativa); quando é visto como parte do problema, a atenção desloca-se para a crise da justiça e a necessidade de efectuar reformas judiciais.¹⁰⁸

A falsa noção de segurança fez com que a prisão preventiva acabasse por se tornar uma medida de separação entre os bons e os ruins. Grande parte desse trabalho de incentivo de maior punição vem da publicidade enganosa feita pela mídia em relação aos crimes. A mídia divulga dados, na maioria das vezes, inverídicos, criando um mal estar social. As palavras de Luiz Fernando Pereira Neto são prudentes neste aspecto, pois ressalta o malefício que a mídia traz ao processo penal:

¹⁰⁸DIAS, João Paulo. Efectividade da independência e/ou autonomia do poder judicial em Portugal: reflexões sobre as condições externas e internas. **Julgar**, Lisboa, n. 10, p.77-101, jan./abr. 2010. p. 81-82.

Quando a imprensa atribui determinado delito a alguém, paira no ar até então a incerteza da culpa. Porém a partir do momento que ela faz um pré-julgamento, o sujeito passa a ser culpado, não sendo respeitado aqui o princípio norteador do direito processual penal e garantia constitucional, o de estar em estado de inocência até sentença condenatória irrecorrível. A mídia provoca com isto a violação de tão importante princípio, pré-condenando o suspeito, uma vez, que fora feita a exposição de sua imagem. Se comprovada a culpa, tudo certo, a mídia acertou no julgamento antecipado. Mas se os veículos de comunicação erram o que fazer então? Quando a moral da pessoa já fora completamente denegrida? Em muitos casos existe a chamada retratação, mas, até que ponto ela realmente surte efeito? Danos morais e a imagem revertidos em dinheiro? Ou tudo termina em nada, afinal isto é liberdade de imprensa.¹⁰⁹

É nítido o grande “desserviço” que a mídia pode causar, seja infringindo princípios ou mesmo “minando” a mente das pessoas de informações desnecessárias e apelativas. Essa mesma mídia exerce, também, uma pressão sobre os órgãos judiciários, de maneira que alguns magistrados se sentem na obrigação de mostrar a sociedade que a justiça está sendo feita, ou seja, que ele está retirando do convívio social os “sujeitos ruins”. Maria Lúcia Karam, de outra banda, faz uma observação quanto à essa publicidade enganosa, para quem:

O aumento do espaço dado à divulgação de crimes acontecidos e sua dramatização, bem como a publicidade excessiva e concentrada em casos de maior crueldade, aproximam tais fatos das pessoas, que passam a vê-los como acontecendo em intensidade maior do que a efetivamente existente na realidade. Por outro lado, dá-se uma quase automática associação dos casos mais cruéis e assustadores com a generalidade das condutas definidas como crimes. (...) Esta publicidade enganosa cria o fantasma da criminalidade, para, em seguida, “vender” a ideia da intervenção do sistema penal, como a alternativa única, como a forma de se conseguir a tão almejada segurança, fazendo crer que, com a reação punitiva, todos os problemas estarão sendo solucionados.¹¹⁰ (grifos do autor)

O processo penal não visa solucionar todos os problemas da sociedade, muito pelo contrário, deveria ser a última instância a se recorrer. A resposta à sociedade deve ser dada de outra forma, não submetendo outra pessoa a um sofrimento desnecessário. Ocorre que a grande maioria desacredita as medidas cautelares por não confiarem no seu sistema de controle. Dessa forma, os magistrados, para não correrem o risco de serem “odiados” pela sociedade, ou “massacrados” pela mídia, aplicam a prisão preventiva.¹¹¹

¹⁰⁹PEREIRA NETO, Luiz Fernando; BASTOS, Eliane. O princípio do estado de inocência e a violação pela mídia. **Revista Jurídica da UNIRON**, Porto Velho, v. 1, n. 1, p. 161-177, jan./jun. 2009. p. 169.

¹¹⁰KARAM. **De crimes, penas e fantasias**. p. 200-201.

¹¹¹ “ (...)Uma das novidades trazidas pela lei 12.403/2011, e intencionalmente criticada nos meios de comunicação, é a redução do campo de incidência da prisão preventiva, posto que será aplicada em casos de crimes dolosos *punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos* (CPP, art. 313, inc. I). Nas infrações cuja pena máxima seja inferior a quatro anos, o juiz

Como já dito, a Lei n. 12.403/11, se fosse aplicada de maneira correta, faria com que muitas pessoas não fossem enviadas ao sistema penitenciário, porém, como já visto, está ocorrendo um efeito contrário. Da mesma forma, conforme Rui Pereira, doutrinador português, o qual refere que “a sua extensão excessiva é um convite à aplicação prematura e generalizada da prisão preventiva e ao arrastamento injustificado do inquirido”¹¹², mesma situação presenciada pela sistema processual penal brasileiro. Em grande parte dos casos, a fiança é aplicada, mas os valores arbitrados não condizem com a situação financeira do sujeito, ocasionando assim sua permanência no cárcere. Analisando, pode-se chegar a conclusão que os juízes estão aplicando as medidas alternativas, porém sem nexo algum.

Posto isso, Fernanda Vasconcellos, faz um estudo, referente à relação do processo penal de emergência e a prisão provisória mostrando a verdadeira função desse tipo de ação:

Ao romper com os princípios e direitos constitucionais, o processo penal de emergência gera o agravamento da situação do acusado, colocando de forma velada sua intenção de excluir socialmente o réu/acusado para assegurar sua intenção de manter uma determinada ordem social. Para que isso ocorra, são utilizados alguns institutos penais, como, por exemplo, o uso indiscriminado da medida de prisão provisória, fato que acaba por inverter a lógica do princípio de presunção de inocência, uma vez que acaba sendo passada ao acusado a responsabilidade de comprovar sua inocência. Assim, a crescente utilização da prisão provisória para determinados acusados acaba por demonstrar a intenção estatal de responder de modo imediato à demanda punitiva da sociedade, através da adequação do processo cautelar como instituto promotor de garantia da segurança pública. A partir do momento em que a prisão provisória perde seu princípio de excepcionalidade, passando a instrumento de segregação social, são violadas normas fundamentais que anteriormente atribuíram direitos ao acusado durante o processo (direito à prova, à ampla defesa), já que o acautelamento provisório passa a ser utilizado também como uma garantia para a aplicação da eventual sanção penal.¹¹³

Não cabe a utilização do processo penal para se dar respostas à sociedade, muito menos a utilização da prisão preventiva como forma de segurança pública. Sua função é meramente cautelar e não visa buscar o controle social e tão menos atingir a ideia de repressão

deve avaliar o cabimento de uma das medidas cautelares alternativas à prisão. (...) Não raras vezes a prisão preventiva é utilizada como uma medida de defesa social, constituindo uma dupla presunção de culpabilidade. Presume-se que, dada a natureza do crime, o sujeito vá voltar a delinquir, ou representar risco para o restante da sociedade. Assim, o juiz deveria indicar porque cada uma das outras cautelares não seria cabível, sempre justificando. Primeiro se analisa possibilidade de decretar prisão preventiva para depois analisar as outras medidas, esse raciocínio precisa ser urgentemente invertido.” (HASHIMOTO, Érica Akie. As novas medidas cautelares no CPP (Lei 12.403/2011). Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/novo/noticia/13847-As-novas-medidas-cautelares-no-CPP-\(Lei-12.403-2011\)](http://www.ibccrim.org.br/novo/noticia/13847-As-novas-medidas-cautelares-no-CPP-(Lei-12.403-2011))>. Acesso em: 20 fev. 2013)

¹¹² PEREIRA, Rui. A crise do processo penal. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 25, n. 97, p.17-30, jan./mar. 2004. p. 25.

¹¹³ VASCONCELLOS. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. p. 154 et. seq.

social. É necessário que a lei seja obedecida e que as medidas cautelares sejam aplicadas de forma correta. Que busquem, dentro de cada caso, uma medida mais benéfica ao indivíduo, observando todos os princípios regentes do processo penal.

2.6 Expansão do poder punitivo no sistema processual penal

Diante dos argumentos trazidos a tona até o momento, nota-se que o processo penal assumiu, em sua grande parte, um viés punitivista, quando na verdade, em observância aos princípios norteadores, deveria assumir uma postura mais garantista. Seria necessário que o sistema judiciário se detivesse em aplicar com maior “humanismo” a lei. Jorge de Figueiredo Dias, doutrinador português, em 1972 possuía um posicionamento no qual já expressava sua aflição com relação às condutas punitivas do legislador, pois ressaltou:

Importa que o legislador tome verdadeiramente a sério a imposição de só colocar sob ameaça da pena aquelas condutas que impedem ou põem em perigo, de forma intolerável, a livre realização da personalidade ética do homem na comunidade em que vive. Importa, quero eu dizer, que lute com todas as forças contra a sedução de uma tão inconveniente quanto perigosa “inflação incriminatória”, de modo a cumprir o programa que WERNER MAAIHOFER tão justamente caracteriza ao afirmar que o direito penal só deve intervir como “*ultima ratio*” da política social.¹¹⁴(grifos do autor)

No Brasil, o advento da Lei n. 12.403/11 trouxe diversas outras medidas cautelares, para que a prisão preventiva não viesse a se tornar a primeira opção, e sim, a última. Como asseverou o doutrinador português, o qual ressaltou que o sistema penal, pensa-se aqui no sentido de sistema carcerário, deve ser a *ultima ratio* para qualquer agente.

Ocorre que hoje, como já fora visto, o número de presos provisórios está quase igualando ao número de presos que estão cumprindo suas sentenças já transitadas em julgado. Evidente está que é necessária a devida inversão desse fator encarcerador chamado por Maria Lúcia Karam de expansão do poder punitivo, para quem:

¹¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **A reforma do direito penal português: princípios e orientações fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1972. p. 39

A efetiva supremacia dos princípios e normas inscritos nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas, a efetiva concretização dos direitos fundamentais, a realização dos fins do Estado de direito democrático requerem a urgente inversão dos rumos expansionistas do poder punitivo. Requerem a recuperação do desejo da liberdade, a máxima contenção, sem quaisquer concessões, do agigantado poder punitivo, e, enquanto ainda subsistente esse poder sempre violento, danoso e doloroso, requerem o resgate de um direito penal consentâneo com sua natureza essencialmente mínima, o resgate de um processo penal orientado pela supremacia da tutela da liberdade sobre o poder de punir.¹¹⁵

Posto isso, torna-se urgente à devida observação e aceitação de que o processo penal, não serve para ser usado como um meio de controle social. Especialmente a prisão preventiva ser usada como um meio de coação para aqueles futuros infratores, até porque, o medo da prisão, não os fará deixar de cometer delitos. Salo de Carvalho citando Bauman traz a tona outra “função” dada à prisão, como se pode ver:

No mesmo sentido Bauman, ao perceber que, com a falta de emprego e a crise de financiamento dos Estados para promover bem-estar, a prisão surge como local de reserva de população excedente: “nas atuais circunstâncias, o confinamento é antes uma alternativa ao emprego, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para qual não há trabalho ‘ao qual se reintegrar’.”¹¹⁶ (grifos do autor)

Zygmunt Bauman, em um estudo realizado, aponta ainda que o “bem-estar social”, fator que não atinge a todos, é o grande estopim da criminalização e da separação dos indivíduos na sociedade.¹¹⁷ Como sustentado por grande parte da doutrina, a prisão preventiva e, até mesmo, a prisão pela execução da sentença, não podem, de maneira alguma, possuir esse fim citado por Bauman. A uma, que a primeira é meramente cautelar, a duas, que a segunda possui o fim de ressocializar o indivíduo e conscientizá-lo de que para viver em sociedade terá que mudar seu comportamento.

Diante disso, nota-se que é inegável a expansão do poder punitivo, e, cada vez mais, os direitos fundamentais inscritos nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas são negados. São leis que buscam um imediatismo punitivo, devido ao clamor da população por penas mais rigorosas. Maria Lúcia Karam faz uma crítica referente à prisão no curso do processo, não observando, assim, os princípios fundamentais, pois, veja-se:

¹¹⁵KARAM. *Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo*. p. 45.

¹¹⁶CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo* (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 30.

¹¹⁷BAUMAN. *O mal-estar da pós-modernidade*. p. 56-57.

São leis que ignoram a excepcionalidade da prisão no curso do processo e impõem vedações à liberdade provisória e restrições ao direito de recorrer da sentença condenatória. Com isso vulneram a garantia do estado de inocência, as garantias do acesso à justiça e ao duplo grau de jurisdição e a própria cláusula do devido processo legal.¹¹⁸

Percebe-se, então, que “os principais elementos facilitadores do avanço do punitivismo está na formação cultural dos operadores do direito que, em decorrência da mentalidade inquisitória, veem a prisão como resposta natural ao crime.”¹¹⁹ É inevitável que essa percepção da prisão seja alterada. Não bastam que as leis penais proponham uma visão garantista, como é o caso da Lei n. 12.403/11, que veio para criar a possibilidade de esvaziamento dos presídios. Ocorre que, para a mudança ocorrer, é necessário que os operadores do direito, no caso os magistrados, busquem adequar-se também a essas mudanças garantistas. Caso contrário, os índices carcerários estarão fadados a um aumento cada vez maior, quiçá, irreversível.

2.7 A (im)possibilidade da aplicação da prisão preventiva de ofício

Diante dessa onda punitivista que cerca o processo penal brasileiro, o artigo 311 do código, mesmo após a alteração trazida pela Lei 12.403/11, traz em seu texto a possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, se no curso da ação penal. Aury Lopes Júnior, faz uma crítica a respeito desse assunto, para quem:

O erro é duplo: primeiro permitir a atuação de ofício (juiz ator = ranço inquisitório), conforme exaustiva crítica feita, e, em segundo lugar, por empregar a expressão “no curso da ação penal”, quando, tecnicamente, o correto é “no curso do processo”. Ação processual penal é um poder político constitucional de invocação da atividade jurisdicional, que uma vez invocada e posta em movimento, dá origem ao processo. O que se move, tem “proceder”, é o processo e não a ação penal.¹²⁰

A exaustiva crítica mencionada por Aury Lopes Júnior é evidente em grande parte da doutrina. Como mencionado anteriormente, é necessário que o juiz perca sua visão punitivista,

¹¹⁸KARAM. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. p. 38.

¹¹⁹CARVALHO. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. p. 232.

¹²⁰LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 823.

e isso vai de encontro com o juiz inquisidor. Jacinto Coutinho, citado por Aury Lopes Júnior, faz a mesma crítica, afirmando que ao juiz é aberta a possibilidade de “decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”.¹²¹

Mesmo o modelo constitucional prevendo um modelo acusatório, é notável em parte da legislação infraconstitucional, a insistência na reprodução de um modelo inquisidor. A observação é também levantada por André Luiz Nicolitt, o qual alega que: “No Brasil há um grande abismo entre o formato constitucional do processo e as práticas ainda reinantes por influência da legislação infraconstitucional.”¹²² Refere o autor que mesmo depois dos avanços trazidos pela Lei 12.403/11, o legislador continuou a perseguir as práticas inquisidoras.

Tendo o juiz a possibilidade de produzir provas e decretar de ofício a prisão preventiva, estar-se-á condenando antecipadamente. Dessa forma, o magistrado estará formando um juízo a respeito das provas que pode ser equivocado, resgatando seu espírito punidor, para antecipar a pena desse indivíduo. Novamente Aury Lopes Júnior, agora citando Geraldo Prado, colabora alegando que:

O juiz, ao ter iniciativa probatória, está ciente (prognóstico mais ou menos seguro) de que consequências essa prova trará para a definição do fato discutido, pois “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”. Mais do que uma “inclinação ou tendência perigosamente comprometedora” trata-se de sepultar definitivamente a imparcialidade do julgador. Nessa matéria, não existe investigador imparcial, seja ele juiz ou promotor.¹²³

Já para os garantistas, que fazem jus ao modelo acusatório, é visto que deve ser exercido um amplo debate sobre todas as hipóteses do processo, sendo o juiz um mero espectador. Luigi Ferrajoli aborda com grande sabedoria esse tema:

¹²¹Ibidem. p. 139.

¹²²NICOLITT. **Lei nº 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. p. 40.

¹²³LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 139.

Enquanto o método inquisitório exprime uma confiança tendencialmente ilimitada na bondade do poder e na sua capacidade de alcançar o verdadeiro, o método acusatório se caracteriza por uma confiança do mesmo modo ilimitada no poder como autônoma fonte de verdade. Disso deriva que o primeiro confia não só a verdade, mas, também, a tutela do inocente às presumidas virtudes do poder julgador; enquanto o segundo concebe a verdade como resultado de uma controvérsia entre partes contrapostas por serem portadoras respectivamente do interesse na punição dos culpados e do interesse na tutela do acusado presumido inocente até prova em contrário.¹²⁴

O sistema acusatório visa que o juiz seja um aplicador das normas e não um auxiliar da acusação na busca da verdade, deve manter um distanciamento da produção de provas, para que não se confunda com um já ultrapassado sistema inquisidor. Pois bem, feito esse breve resumo entre a diferença de um juiz-instrutor e outro com uma postura garantista, Aury Lopes Júnior traz uma crítica a respeito da decretação da prisão preventiva de ofício, para quem:

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastante com a inércia que caracteriza o julgador. Um sinônimo de atividade e outro de inércia. Assim ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade.¹²⁵

Posto isso, mesmo a Lei n.12.403/11 ter mantido a possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício, a Constituição Federal disciplina a conduta referente a um modelo acusatório. Sendo assim, é necessário que os julgadores assumam uma postura diferenciada, para se evitar a aplicação dessa medida, o que resultará em uma nítida antecipação de pena. E possivelmente, em uma aplicação errônea da prisão, fazendo que os presídios fiquem cada vez mais superlotados.

2.8 A necessária mudança: a relevância da aplicação da prisão preventiva

Em primeiro lugar faz-se prudente ressaltar, mais uma vez, que a prisão cautelar ou provisória é um dos assuntos mais controversos do sistema penal brasileiro, onde os direitos

¹²⁴ FERRAJOLI. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. p. 483.

¹²⁵ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 824.

fundamentais confrontam diretamente com o interesse do Estado em garantir uma eficácia maior do processo penal.

A prisão preventiva acaba afetando, de uma forma ou de outra, praticamente todos os direitos humanos ou fundamentais, além de causar, como já defendido em ponto ulterior, uma verdadeira mancha na vida da pessoa submetida a essa medida. “A prisão provisória constitui a medida mais grave que pode sofrer o cidadão presumido inocente no processo penal antes de sua condenação”¹²⁶, conforme Odone Sanguiné, citando Concepción Arenal, defende em seu artigo, que:

A prisão provisória significa o isolamento do imputado do mundo circundante, separação da família, impedimento para o exercício da profissão e até a perda do posto de trabalho, de maneira que tem uma importância extraordinária para a vida inteira do sujeito atingido pela medida. Por isso, Concepción Arenal afirmou que “impor a um homem uma grave pena, como é a privação da liberdade, uma mancha em sua honra, como é a de haver estado no cárcere, e isso sem ter provado que é culpado e com a probabilidade de que seja inocente, é coisa que dista muito da Justiça.”¹²⁷

Dessa forma, fica nítido que a prisão provisória é um mal sem fim na vida do sujeito. A uma, porque provoca uma desestruturação familiar. A duas, pois provoca uma desestruturação financeira e a três, porque provoca uma incalculável “cicatriz” na vida desse sujeito. É, por esses fatos, que a prisão preventiva vem sendo criticada por grande parte da doutrina. Odone Sanguiné, ainda, elenca diversos pontos da prisão provisória merecedores de crítica, pois, senão vejamos:

(a) não permite levar a cabo um trabalho de ressocialização, já que do ponto de vista jurídico está vedada qualquer intervenção sobre o preso preventivo; implica um *status* diferente ao dos apenados; (b) cria um grave risco de contágio criminal, à margem das previsões normativas que prescrevem uma decisiva separação entre uns e outros; (c) incrementa desnecessariamente a população reclusa, com as negativas consequências de aglomeração, aumento do custo das instalações ou necessidade de um maior número de funcionários; (d) dificulta a absolvição do sujeito que permanece, às vezes muito tempo em situação de preso preventivo; (e) é tão estigmatizante – para o sujeito e para a sociedade em seu conjunto – como a própria pena privativa de liberdade. Inclusive quando o preso preventivo resulta finalmente absolvido retorna a seu lar marcado pela pressão psicológica sofrida e pelo estigma de “ter estado no cárcere”.¹²⁸

¹²⁶ SANGUINÉ, Odone. **Efeitos perversos da prisão cautelar**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano18, n. 86, set-out. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 292.

¹²⁷ SANGUINÉ, Odone. **Efeitos perversos da prisão cautelar**. p. 295.

¹²⁸ SANGUINÉ, Odone. loc. cit.

Um dos fatores que pode ter grande repercussão na vida desse agente é em relação ao fator psicológico, pois, “constituem efeitos da larga permanência no cárcere: (a) a erosão da individualidade; (b) a dissolução dos costumes; (c) o isolamento; (d) o dano físico-psicológico; (e) a perda dos estímulos; (f) patologias contagiosas ou mentais.”¹²⁹ Isso quer dizer que, o sofrimento da prisão preventiva não se limita ao tempo em que o sujeito estará encarcerado, terá reflexo pelo resto da vida, possivelmente sua história de vida nunca mais será a mesma.

Tendo por base todos esses males que a prisão provisória pode causar, é necessário que se faça menção ao fato que, nesse tipo de medida, a intervenção ressocializadora está proibida. Dessa forma, fica nítido que o tratamento dado a um preso preventivo é muito pior do que ao preso condenado. Outra questão a ser levantada diz respeito à separação dos presos provisórios dos presos condenados, pois como já defendido, isso acarretará em um verdadeiro contágio criminal, tornando-se, o cárcere, uma “escola criminal”.

Por fim, se já não bastasse tantos argumentos, as prisões preventivas conduzem à superlotação dos presídios, pois, sua utilização tornou-se uma praxe, quando, na verdade, deveria ser uma exceção. Frente a isso, a concepção da utilização da prisão preventiva deveria mudar radicalmente, pois, caso contrário, a situação ficará insustentável (como já se encontra), tanto para a vida dos indivíduos submetidos a essa medida, quanto para o sistema penitenciário.

¹²⁹ Ibidem. p. 299.

3 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA E AS ALTERNATIVAS DO PROCESSO PENAL LUSO-BRASILEIRO FACE A PRISÃO PREVENTIVA

Este capítulo iniciará abordando alguns aspectos pertinentes à Portugal, no que diz respeito a crise que alguns autores portugueses relatam estar ocorrendo no processo penal de seu país. As comparações entre as normas portuguesas, com os estudos já realizados sobre a prisão preventiva brasileira, são merecedoras de alguns tópicos, pois, em determinados pontos, Portugal está à frente do Brasil.

Em outros pontos, Portugal está sofrendo do mesmo mal que o Brasil, guardadas as devidas proporções, pois também enfrenta uma superlotação de seus presídios e, em alguns casos, a falta de estrutura também é mencionada. Far-se-á, então, no princípio desse capítulo, um estudo com relação às normas e a aplicação da prisão preventiva em Portugal.

Após serão analisadas as medidas cautelares diversas da prisão preventiva aplicadas no Brasil, buscando traçar um comparativo com Portugal. Encerrando o capítulo far-se-á uma reflexão sobre a aplicação da prisão preventiva para crimes com pena inferior a 4 (quatro) anos, trazendo à tona a divergência existente sobre esse tema.

3.1 Crise no processo penal português

Para um melhor entendimento desse assunto, é necessário ter conhecimento que o código de processo penal português é relativamente novo em relação ao código de processo penal brasileiro, e vem sofrendo diversas alterações nos últimos anos, sendo a última no ano de 2010 (para melhor elucidação ver item 3.1.1). Porém, percebe-se que alguns estudiosos de Portugal relatam que mesmo após essas intervenções, o código de processo penal português, ainda precisa de reparos. Em relação às reformas necessárias, se faz prudente trazer à tona as indagações do doutrinador português, Jorge de Figueiredo Dias, que aduz:

Alterações legislativas regulares de Códigos fundamentais, tendentes a explicitar a regulamentação de alguns pontos deles constante, a actualizar as soluções face as novas constelações problemáticas que vão surgindo e se impõem na vida diária (sobretudo numa época, como a nossa, de progresso técnico-instrumental), a corrigir instrumentos ou soluções regulamentares cuja disfuncionalidade se comprovou entretanto – alterações legislativas deste teor são, em princípio, salutar e bem-vindas. (...) ajustamentos que devem ser periódicos e repetidos; como demonstra, de forma exemplar, a *Strafprozessordnung* alemã que, nos seus 130 anos de vigência, foi objecto já de mais de centena e meia (!) de leis de alteração, sem que todavia o paradigma em que assenta e o modelo que lhe preside tenham sido modificados.¹³⁰ (grifos do autor)

É, provavelmente, seguindo esse mesmo pensamento que o código de processo penal português vem sofrendo constantes alterações. Com o passar do tempo, as pessoas, suas atitudes e o conceito de uma conduta ilícita mudam e o direito penal, assim como o processo penal, devem acompanhar essas mudanças para não se tornarem ultrapassados. É salutar que se tenha o devido cuidado para que essas alterações não sejam realizadas de modo urgente ou para que se possa dar uma resposta a sociedade, pois, “por vezes, o processo penal acaba por se transformar num verdadeiro duelo mediático.”¹³¹

Esse duelo *mediático*, no Brasil duelo midiático, nada mais é do que a “disputa” entre todos os personagens do processo penal, que vai do legislador aos jornalistas sedentos por matérias sensacionalistas. Tudo isso faz com que o processo penal tenha uma conotação diferente daquela que realmente deveria possuir, pois deveria ser a última instância a se recorrer, e não instrumento de controle social. Rui Pereira, traduz bem qual é o ponto fraco da crise do processo penal português:

As responsabilidades pela crise devem ser repartidas com equanimidade: pelo legislador, que a um ritmo quase mensal e sem sentido sistemático aprova novas leis penais, para alegria de editores e livreiros; pelos magistrados, que com frequência se esquecem de recorrer à Constituição como parâmetro legitimador do processo e da aplicação de penas públicas; pelos advogados, que usam por vezes expedientes dilatatórios; pelos professores de direito, que se enclausuram nas suas torres de marfim; pelos polícias, que exacerbam o discurso “securitário” à Dirty Harry; enfim, pelos jornalistas, que ignoram, por exemplo, que o crime de violação do segredo de justiça é comum, podendo ser cometido por todos quantos tiverem acesso a elementos de um processo, e que a presunção de inocência não é uma mera figura de retórica, implicando o efectivo respeito pela honra e pela consideração dos arguidos em processos crimes.¹³²

¹³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a revisão de 2007 do código de processo penal português. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 18, 2/3, p.367-385, abr./set. 2008. p. 369.

¹³¹ PEREIRA, Rui. A crise do processo penal. p. 18.

¹³² Ibidem. p. 18.

Outra questão que surge em relação à crise do processo penal português, tem relação com a celeridade processual, não muito diferente do que se vê no Brasil. O problema da celeridade processual julga-se importantíssimo, pois, aquele indivíduo que está sendo processado, já carrega um fardo por si só, e ainda aguarda durante anos para vê-lo ao cabo, para somente assim desvencilhar-se dele. Saragoça da Matta, faz uma reflexão das necessárias intervenções que o código de processo penal deveria sofrer, com relação a esse tema:

Não é, a nosso ver, momento de substituição de modelos e paradigmas legislativos processuais penais, mas momento de incisiva e cirúrgica intervenção – a nível legal e, em especial, estrutural e procedimental -, em ordem a permitir que a Justiça recupere os atrasos que têm caracterizado, reconquistando a confiança da sociedade, assim se relegitimando aos seus olhos e colocando-os ao serviço dos fins para que foi instituída.¹³³

Com a celeridade processual se busca recuperar não só a paz social, mas também a confiança da sociedade nas instâncias do direito que visam estabelecer a harmonia entre os cidadãos. É esse instrumento do processo que faz com que os sujeitos tenham um julgamento no seu devido tempo, da mesma forma, evita a sobrecarga processual. Para finalizar, em relação a esse assunto, em um trecho do estudo realizado por Mônica Jacqueline Sifuentes, é relatada a situação do judiciário no Brasil e em Portugal e a sua generalizada sensação de crise:

Os problemas e questões que se projetam em relação ao Poder judiciário têm suscitado uma generalizada sensação de crise da instituição, que na realidade insere-se no panorama maior de crise do próprio Estado social de direito. A crescente complexidade e multiplicidade das relações jurídicas e sociais, acabam por repercutir na percepção que os cidadãos passam a ter o aparelho estatal e, desse modo, nas expectativas e novas exigências em relação a ele. Também a normatividade se tornou complexa. O alargamento da intervenção do Poder Judiciário na vida da sociedade é fruto, por sua vez, não só do processo de tomada de consciência dos cidadãos, dos seus direitos e meios de defesa, o que se tem denominado de “*explosão de litigiosidade*” como, por outro lado, do próprio estrangulamento do Poder legislativo, dominado por blocos de pressão e interesses, que resultam em uma “*inflação normativa*”, imprecisa e contraditória.¹³⁴ (grifos do autor)

¹³³ MATTA, Saragoça da. "Old ways and new needs"? ou "New ways and old needs?": uma perspectiva das reformas necessárias ao processo penal português. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 31, n. 122, p.9-40, abr./jun. 2010. p. 14.

¹³⁴ SIFUENTES, Mônica Jacqueline. O poder judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas. **Direito e Cidadania**, Praia, Cabo Verde, v. 3, n. 8, p.125-147, nov./fev. 1999/2000. p. 143.

Sendo assim, o que se verifica é que de um lado o cidadão por estar mais atento aos seus direitos, utiliza-se da máquina estatal para se defender, recorrendo a todas as instâncias possíveis, com a intenção de ter seu direito concedido ou garantido. Por outro lado, se vê que o Judiciário, em especial o processo penal, é cada vez mais solicitado para resolver questões sociais, fazendo com que o legislador tenha a “obrigação” de criar mais tipos penais e conseqüentemente a alterar alguns dispositivos do código de processo penal, “endurecendo” algumas leis. Por esses motivos, muitas dessas leis são criadas no “calor do momento”, que acabam gerando uma crise de legislações e, também, no próprio processo penal.

3.1.1 Portugal e a prisão preventiva

Inicialmente é necessário mencionar as constantes mudanças sofridas pelo código de processo penal português nos últimos anos. Traçando um comparativo entre Portugal e Brasil, quanto a essas alterações, vemos que o país Europeu alterou mais vezes seu código. A criação do código de processo português se deu em meados de 1987, ou seja, a *lex* possui meros 26 (vinte e seis) anos e já foi alterada por 19 (dezenove) vezes ao longo desse período, o que dá quase uma alteração a cada um ano e meio, ressaltando que as últimas mudanças foram mais relevantes.

Entretanto, o código de processo penal brasileiro, possui seus 72 (setenta e dois) anos, e contabiliza ao longo dessa trajetória 38 (trinta e oito) alterações, ou seja, uma alteração praticamente a cada dois anos. Porém, cabe ressaltar que muitas dessas alterações na *lex* brasileira foram de um artigo somente, como por exemplo, em 1957 alterou-se o artigo 295, em 1959 alterou-se o artigo 221, em 1964 alterou-se o artigo 600, restando poucas alterações significativas.

Feita essa singela introdução, imperioso ressaltar a última reforma realizada no código de processo penal português, onde “foram substancialmente alteradas as condições de aplicação das medidas de coacção mais graves (em especial o regime da prisão preventiva) e do dever de fundamentação do despacho judicial que as aplica (cfr. arts. 202 e 194, CPP).”¹³⁵ Antes, cabe mencionar que em 2007, uma outra alteração do código de processo penal

¹³⁵ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Reformas en la legislación penal y procesal (2006-2009): Portugal. **Revista Penal**, Barcelona, n. 25, p.195-197, jan. 2010. p. 196.

português, restringiu a aplicação da prisão preventiva só para os crimes dolosos com pena máxima superior a 5 anos (o limite era de 3 anos).

Frederico Isasca, doutrinador português, antes mesmo da reforma de 2007 que alterou a aplicação da prisão preventiva para crimes com pena máxima superior a 5 anos, já entendia que esse limite deveria ser maior, pois veja-se:

Sendo indiscutivelmente a mais restritiva das medidas de coacção deverá estar reservada apenas para os casos de criminalidade particularmente grave. E a criminalidade mais grave, como é sabido, corresponde a um círculo de ilícitos em que a pena máxima se situa francamente acima dos três anos, eu diria mesmo claramente para lá dos cinco anos. (...) Tudo ponderado, julgo que **a prisão preventiva só se justifica** – não prescindindo, bem entendido, dos demais requisitos - **relativamente a crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a oito anos.**¹³⁶ (grifos do autor)

Além de ressaltar que a aplicação da prisão preventiva deveria somente se justificar para aqueles crimes graves, o doutrinador entende que o limite de 5 anos ainda é muito baixo, alegando que deveria ser para crimes com pena máxima superior a 8 (oito) anos. Já o presidente da seção penal do Tribunal da Relação de Guimarães¹³⁷ (Portugal), o juiz desembargador José Manuel Saporiti Machado da Cruz Bucho, realizou um estudo referente às reformas procedidas em meados de 2010, onde ressalta:

¹³⁶ ISASCA, Frederico. A prisão preventiva e restantes medidas de coacção. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. p. 99-118. Coimbra: Almedina, 2004. p.107-108.

¹³⁷ “O Tribunal da Relação de Guimarães foi instalado no Palácio, designado Casa dos Coutos, sito no Largo João Franco - em pleno Centro Histórico - por decisão do Ministério da Justiça, publicada no Diário da República - I Série - D.L. 339/2001 de 27/12, e com a colaboração da Câmara Municipal de Guimarães. Trata-se de uma Casa Seiscentista que foi Paço Episcopal; comprada pelo Arcebispo de Braga, irmão do Rei D. João V, e que, após obras de beneficiação, passou a ser a residência do Primaz, de 10/12/1746 até Janeiro de 1749, mês e ano em que retomou residência em Braga. Vendida posteriormente à família dos Coutos, por esta casa passaram, até ao séc. XX, quatro gerações desta família. Porque em ruínas, em consequência do abandono a que foi votada, após ter deixado de ser habitada, nos inícios do séc. XX, foi no final deste mesmo Século recuperada - e bem recuperada, diga-se - pela Câmara Municipal de Guimarães, aproveitando-se o mais possível os elementos originais e mantendo-se a sua traça com amplos espaços internos, de molde a poder nela ser instalado este Tribunal Superior. O seu quadro legal, após 15 de Setembro, passaria a ser de 22 Juízes - Desembargadores e quatro Procuradores - Gerais Adjuntos, nos termos do art.º 2.º n.ºs 1 e 4 deste D.L. e mapas V e VII anexos ao D.L. 186- A/99. A sua área de competência abrange os Círculos Judiciais de Guimarães, Braga, Barcelos e Viana do Castelo, num total de 22 Comarcas. Serve uma população que, de acordo com o ‘Censo’ 2001, ascende a mais de 1.200.000 pessoas”. (PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. **Instalação e Inauguração do Tribunal**. Disponível em <<http://www.trg.pt/relacao/historia/acomecimentos/89-inauguracao.html>>. Acesso em: 13 fev. 2013.)

O legislador de 2010 optou claramente por manter a regra de que a prisão preventiva só pode ser aplicada aos crimes puníveis com pena máxima de prisão superior a 5 anos [alínea a) do n.º1 do artigo 202.º, que não sofreu alterações]. (...) Para além de ter provocado a libertação de algumas centenas de presos, com o conseqüente aumento da criminalidade, e de ter impedido ou dificultado a adopção da prisão preventiva em casos que suscitaram incompreensão e repulsa por parte da opinião pública, não foram ainda demonstrados quaisquer benefícios da elevação daquele limite de 3 para 5 anos. O regresso ao limite dos 3 anos, para além de inevitáveis (e insuportáveis?) custos políticos exigiria, ainda, um esforço de harmonização com diversos outros institutos adjectivos e substantivos aplicáveis à pequena e média criminalidade onde o limite é precisamente o dos 5 anos, o qual poderia revelar-se pouco consentâneo com a urgência que foi imprimida à Reforma. Nessa medida, compreende-se (embora se lamente) a manutenção daquele limite, agora temperado com a ampliação dos casos de admissibilidade da aplicação da prisão preventiva a crimes cuja moldura penal em princípio não a consentiam.¹³⁸

Vigora, no presente momento, em Portugal, a possibilidade da decretação da prisão preventiva para os crimes com pena máxima superior a 5 (cinco) anos e em alguns casos para crimes com pena máxima superior a 3 (três) anos¹³⁹. Mesmo com o aumento desse limite para a aplicação da prisão preventiva, alguns tipos de crimes não ficaram descobertos, pois mantiveram aquele limite de três anos.

É o caso, por exemplo, da alínea “c” do art. 202, do código de processo penal Português, para qual é utilizado o conceito de criminalidade altamente organizada como sendo as condutas que integrarem crimes de “associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação *económica* em negócio ou branqueamento.”¹⁴⁰ Além da alínea “c”,

¹³⁸BUCHO, José Manuel Saporiti Machado da Cruz. **A Revisão de 2010 do Código de Processo Penal Português**. Tribunal da Relação de Guimarães. Disponível em: < <http://www.trg.pt/info/estudos/146-a-revisao-de-2010-do-codigo-de-processo-penal-portugues.html>>. Acesso em: 13 fev. 2013. p. 68.

¹³⁹Artigo 202.º 1 - Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a prisão preventiva quando:

- a) Houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos;
- b) Houver fortes indícios de prática de crime doloso que corresponda a criminalidade violenta;
- c) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de terrorismo ou que corresponda a criminalidade altamente organizada punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;
- d) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de ofensa à integridade física qualificada, furto qualificado, dano qualificado, burla informática e nas comunicações, receptação, falsificação ou contrafacção de documento, atentado à segurança de transporte rodoviário, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;
- e) Houver fortes indícios da prática de crime doloso de detenção de arma proibida, detenção de armas e outros dispositivos, produtos ou substâncias em locais proibidos ou crime cometido com arma, nos termos do regime jurídico das armas e suas munições, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;
- f) Se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão.

2 - Mostrando-se que o arguido a sujeitar a prisão preventiva sofre de anomalia psíquica, o juiz pode impor, ouvido o defensor e, sempre que possível, um familiar, que, enquanto a anomalia persistir, em vez da prisão tenha lugar internamento preventivo em hospital psiquiátrico ou outro estabelecimento análogo adequado, adoptando as cautelas necessárias para prevenir os perigos de fuga e de cometimento de novos crimes. (PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=199&nverso=&tabela=leis> Acesso em: 13 fev. 2013.)

¹⁴⁰BUCHO, José Manuel Saporiti Machado da Cruz. **A Revisão de 2010 do Código de Processo Penal Português**. p. 71.

também é possível a decretação da prisão preventiva para crimes com pena máxima superior a 3 (três) anos, nos casos das alíneas “d” e “e” do mesmo *codex*.

Atenção especial deve ser dispensada ao artigo 203 do código Português¹⁴¹, o qual ressalta que caso seja descumprida uma medida cautelar (medida de coacção) anteriormente imposta, mesmo o crime sendo um dos casos das alíneas “c”, “d” ou “e” do artigo 202 (limite de 5 anos), fará com que o agente se sujeite a possibilidade da decretação da prisão preventiva. Nesse ponto cabe a mesma reflexão já realizada quanto à divergência instaurada no código de processo penal brasileiro, no que diz respeito à possibilidade de aplicação da prisão preventiva ou não.

3.1.2 Decretação da prisão preventiva em Portugal

O artigo 202 do código de processo penal português traz, logo no seu início, o requisito de haver “fortes indícios” para que prisão preventiva possa ser decretada. Pois bem, antes é necessário que se traga à tona um questionamento quanto à outra passagem do código de processo penal português quando menciona “indícios suficientes”, o qual traz até um conceito em seu artigo 283.¹⁴²

Por indícios suficientes deve-se “pressupor a formação de uma verdadeira convicção de probabilidade de futura condenação, (...) substituindo a expressão *possibilidade razoável* por uma outra que transmita sem equívocos a ideia de uma possibilidade particularmente qualificada.”¹⁴³

Quanto aos fortes indícios, o jurista português Jorge Noronha e Silveira, defende que não há diferença entre as duas expressões, mas na realidade, a jurisprudência e a doutrina de Portugal, ainda estão longe de um entendimento pacífico quanto a esse assunto. A introdução

¹⁴¹ Artigo 203.º Violação das obrigações impostas 1 - Em caso de violação das obrigações impostas por aplicação de uma medida de coacção, o juiz, tendo em conta a gravidade do crime imputado e os motivos da violação, pode impor outra ou outras medidas de coacção previstas neste Código e admissíveis no caso.

2 - Sem prejuízo do disposto nos n.os 2 e 3 do artigo 193.º, o juiz pode impor a prisão preventiva, desde que ao crime caiba pena de prisão de máximo superior a 3 anos:

a) Nos casos previstos no número anterior; ou

b) Quando houver fortes indícios de que, após a aplicação de medida de coacção, o arguido cometeu crime doloso da mesma natureza, punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos. (PORTUGAL. **Código de Processo Penal.**)

¹⁴² **Artigo 283.º Acusação pelo Ministério Público** – (...) 2 - Consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança. (...) (PORTUGAL. **Código de Processo Penal.**)

¹⁴³ SILVEIRA, Jorge Noronha e. O conceito de indícios suficientes no processo penal português. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. p.155-181. Coimbra: Almedina, 2004. p. 171-172.

desse assunto se deu porque, para a decretação da prisão preventiva, há a necessidade de se averiguar a existência de “fortes indícios” e não “indícios suficientes”, como ressalta o artigo já mencionado do código português, e quanto a isso, o mesmo jurista faz uma reflexão, para quem:

A avaliação subjacente à afirmação da existência de fortes indícios terá um conteúdo mais ou menos exigente do que a contida na expressão *indícios suficientes*? A resposta que a nossa jurisprudência tem dado a esta questão está longe de ser uniforme. Atendendo à forma como o legislador se expressou e sobretudo à gravidade das medidas em causa, inclino-me a pensar que essa avaliação não poderá ter um conteúdo menos exigente. *Fortes indícios da prática de um crime* não pode significar menos que *indícios de que resultem uma possibilidade razoável de condenação*. (...) De salientar que, enquanto que a avaliação da suficiência dos indícios é efectuada sempre no final do processo preparatório (no final do inquérito e no final da instrução), portanto com a fase de recolha de provas que fundamentam a acusação já concluída, a decisão relativa aos fortes indícios pode ter lugar em qualquer altura do processo, sendo naturalmente tomada com base nos elementos de prova disponíveis no momento em que é proferida.¹⁴⁴ (grifos do autor)

Sendo assim, uma distinção que fica evidente diz respeito às provas, pois na questão de “indícios suficientes” as provas a ser objeto de análise são as do final do processo, já para a decretação da prisão preventiva, são as que estão presentes no momento da imposição dessa medida.

É imperioso salientar que as medidas de coação, incluindo-se a prisão preventiva, estão diretamente relacionadas a duas finalidades, quais sejam, a descoberta da verdade processual e o restabelecimento da paz jurídica posta em causa pelo crime, porém seu regime legal é estritamente direcionado à proteção dos direitos fundamentais das pessoas, principalmente ao direito à liberdade. E devido a esse fato, a imposição dessas medidas devem se orientar pelo princípio da presunção de inocência. Sônia Fidalgo corrobora desse entendimento, para quem:

¹⁴⁴ SILVEIRA, Jorge Noronha e. O conceito de indícios suficientes no processo penal português. p. 174.

O princípio da presunção de inocência do arguido surge, então, como critério orientador na aplicação de qualquer medida de coação. Daqui decorre, por um lado, o carácter estritamente cautelar das medidas de coação (art. 191.º, n.º 1, do CPP)¹⁴⁵ - as medidas de coação "não são nem podem ser uma forma de antecipação da responsabilização e punição penal" - e, por outro lado, a subordinação do regime legal das medidas de coação aos princípios da legalidade, da necessidade. Da adequação, da proporcionalidade, da precariedade e da subsidiariedade da prisão preventiva. Foi por estes princípios e por aqueles pressupostos que continuou a orientar-se o legislador nas alterações que introduziu no regime legal das medidas de coação, quer na revisão do CPP de 2007 quer na recente revisão de 2010.¹⁴⁶

Seguindo esse viés dos fortes indícios e também dos princípios balizadores da decretação da prisão preventiva, o artigo 194, n.1 do código de processo penal português¹⁴⁷ permite que essa medida seja aplicada de ofício pelo juiz somente após a fase de inquérito, porém, durante a fase de inquérito é de competência do Ministério Público a promoção para aplicação dessas medidas de coação, sendo impossibilitado ao assistente requerer essa medida. Analisando as regras brasileiras, é perceptível que o artigo 311, do código de processo penal local, é de certa forma um tanto quanto dúbio, pois, em uma primeira leitura, faz com que o intérprete entenda pela imposição da prisão preventiva de ofício em qualquer fase da investigação. Diverge dessa posição André Luiz Nicolitt, o qual entende que:

(...) caso o delegado represente pela prisão preventiva durante o inquérito, deverá relatá-lo e encaminhá-lo ao Ministério Público para oferecimento da denúncia. Por sua vez, se a prisão for decretada e efetivada, o *Parquet* passará a ter, em regra, 5 dias para oferecer a denúncia (art.46 do CPP), não podendo requerer baixa do inquérito para a delegacia de polícia para novas diligências (art. 16 do CPP). Caso entenda que haja necessidade de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, por via oblíqua está se dizendo que não há indícios suficientes de autoria e/ou prova da materialidade, devendo então ser revogada a prisão (art. 316 do CPP), ou mesmo relaxada (art. 5º, LXV, da CRF/1988).¹⁴⁸

Diante disso, resta nítido que juiz não poderá decretar uma medida cautelar de ofício, a uma porque a decretação da prisão preventiva depende da capitulação nos limites impostos pelo artigo 313, a duas porque também depende da *opinio delicti* do Ministério Público.

¹⁴⁵ **Artigo 191.º Princípio da legalidade** - 1 - A liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coação e de garantia patrimonial previstas na lei. (PORTUGAL. **Código de Processo Penal**.)

¹⁴⁶ FIDALGO, Sônia. Medidas de coação: aplicação e impugnação (breves notas sobre a revisão da revisão). **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 31, n. 123, p.247-262, jul./set. 2010. p. 249.

¹⁴⁷ **Artigo 194.º Audição do arguido e despacho de aplicação** - 1 - À exceção do termo de identidade e residência, as medidas de coação e de garantia patrimonial são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e depois do inquérito mesmo oficiosamente, ouvido o Ministério Público, sob pena de nulidade. (PORTUGAL. **Código de Processo Penal**.)

¹⁴⁸ NICOLITT, André Luiz. **Lei nº 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. p. 67.

Assim sendo, caso venha a ser solicitada a prisão preventiva pelo Ministério Público, o acusado terá mesmo assim direito de defesa, pois em alguns artigos do código de processo penal português é ressaltado esse direito que possui o acusado, Nuno Brandão faz um estudo quanto a isso:

A aplicação da medida de coacção deverá *em regra* ser precedida, por imposição legal (arts. 194.º-3 e 141.º) e constitucional (arts. 28.º-1 e 32.º-1, 2 e 5 da CRP), da concessão ao arguido da *oportunidade de defesa*, com vista a, querendo, apresentar a sua versão sobre os factos e a necessidade de aplicação da medida de coacção requerida, no sentido de refutar ou enfraquecer a consistência dos indícios do crime imputado, de demonstrar a inexistência das exigências cautelares que justifiquem a medida de coacção requerida ou ainda a sua inadequação ou desproporcionalidade.¹⁴⁹

O que se vê então é um amplo direito de defesa do acusado, podendo exercer o contraditório até mesmo em uma decisão que decreta sua prisão preventiva. Como sustentado pelo autor, o acusado terá oportunidade de esclarecer os fatos e justificar que a medida imposta não é necessária ou é desproporcional ao caso em concreto. No entanto no direito brasileiro, em regra, não é dado nesse momento, à possibilidade de exercer o contraditório. Novamente André Luiz Nicolitt, traça uma linha de pensamento a esse respeito:

A regra na prisão cautelar, que até então se apresentava como única medida cautelar pessoal, era o contraditório diferido, ou seja, postergado para não frustrar a efetivação da medida. Com a ampliação das medidas cautelares o CPP, através da nova redação dada ao art. 282 (§3º), coloca o contraditório imediato como regra e o diferido como exceção, reservado aos casos de urgência ou perigo de ineficácia. É bem verdade que na prática, sendo de urgência e o risco a tônica das cautelares, dificilmente se fugirá do contraditório diferido, destacadamente em matéria de prisão preventiva. Não obstante, boa parte das medidas cautelares do art. 319 do CPP comportam perfeitamente a instauração do contraditório, como a entrega de passaporte e as proibições de acesso, frequência e contato, suspensão do exercício de função etc.¹⁵⁰

Como se percebe, a princípio, antes do advento da Lei 12.403/11 o contraditório nessa questão era inexistente, porém o legislador buscando diretrizes estrangeiras, como a de Portugal, estabeleceu essa possibilidade em alguns raros casos. Já diante de uma situação de

¹⁴⁹ BRANDÃO, Nuno. Medidas de coacção: o procedimento de aplicação na revisão do código de processo penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 18, n. 1, p.81-106, jan./mar. 2008. p. 88-89.

¹⁵⁰ NICOLITT, André Luiz. **Lei nº 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. p. 32-33.

urgência ou de perigo de ineficácia, como o próprio autor traz á tona, esse direito não é obedecido.

3.1.3 Situação carcerária portuguesa

Trazendo à tona alguns pontos que foram ressaltados em momento anterior quando do estudo do sistema carcerário brasileiro, far-se-á agora uma breve síntese com relação ao sistema prisional português e também à sua situação carcerária. Primeiramente, alguns apontamentos em relação à prisão preventiva em Portugal são pertinentes, regras que são trazidas por Agostinho Fernandes e João Rato:

O regime normal de execução da prisão preventiva é o da vida em comum do detido com pequenos grupos de outros detidos e o isolamento durante a noite. Por ordem da autoridade competente e nos termos da lei processual penal, os detidos em prisão preventiva podem ficar sujeitos ao regime de incomunicabilidade absoluta ou de incomunicabilidade restrita, sendo-lhes apenas vedado comunicar-se com determinadas pessoas. (...) Os presos preventivos podem receber visitas diárias, usar vestuário próprio, desde que assumam as despesas necessárias para o manter em bom estado de conservação e limpeza, não têm o dever de trabalhar, embora, a seu pedido, possam ser autorizados a trabalhar, bem como a frequentar cursos de formação e aperfeiçoamento profissional, de ensino.¹⁵¹

Mesmo com regras desse porte, possivelmente nem todas são obedecidas, e isso devido ao fato de que em Portugal também há a superlotação dos presídios, problema que não atinge somente o Brasil. Números que são levantados pela Direcção-Geral da Política de Justiça de Portugal¹⁵², servem como base para um estudo sobre a situação atual de Portugal.

É cediço que os números portugueses não se comparam aos brasileiros, é necessário se ter em mente que Portugal possuía uma população de 10.556.999¹⁵³ no ano de 2011 (última data de registro), e o Brasil no ano de 2010 uma população de 190.732.694¹⁵⁴ pessoas. Guardadas as devidas proporções em relação à população, é possível perceber que Portugal

¹⁵¹ FERNANDES, Agostinho. Execução da pena de prisão em Portugal - sistema prisional português. In: MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coord.); FERNANDES, Agostinho; LACERDA, Bruno Amaro (Colab.). **Execução penal**: constatações, críticas, alternativas e utopias. p. 43-76. Curitiba: Juruá, 2008. p. 75.

¹⁵² PORTUGAL. Direcção-Geral da Política de Justiça. **Estatística de Justiça**. Disponível em: <http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_634981039052968750>. Acesso em: 13 fev. 2013.

¹⁵³ PORTUGAL. Base de dados Portugal Contemporâneo. **População**. Disponível em: <<http://www.pordata.pt/Portugal/Populacao+residente+total+e+por+grandes+grupos+etarios-513>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

¹⁵⁴ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

também está enfrentando um problema de superlotação, não tão relevante como no Brasil, porém é necessário se ter cuidado.

Segundo os números do International Centre for Prison Studies¹⁵⁵, Portugal está com 13,7% acima da sua capacidade prisional, sendo que a cada 100.000 mil habitantes 132 estão sendo mantidos em algum tipo de regime carcerário. Número não tão alarmante como os encontrados no Brasil que quase atingem o dobro de sua capacidade, ainda mais quando se fala em prisão preventiva, pois o número de presos preventivos é crescente a cada ano que passa. Diferentemente do que se encontra em Portugal, onde o número de presos preventivos, em 2011, era de 2.470, sendo que o total de presos (abrangendo todos os regimes) era de 12.681.¹⁵⁶

O que se percebe diante desses números é que em Portugal o judiciário está muito mais cauteloso para a utilização das medidas restritivas de liberdade, pois a prisão preventiva só é decretada como *ultima ratio* e não como uma praxe judiciária. Com a observância de outro dado, levantado por um jurista português, ainda no ano de 2000, percebe-se que Portugal realmente mudou sua concepção da prisão preventiva com as alterações realizadas em suas leis processuais e penais ao longo dos anos, pois, em 1999, o número de presos preventivos representava mais de 30% da população carcerária.¹⁵⁷ O mesmo autor, ao final de seu estudo, traz uma reflexão:

A taxa de encarceração e sobrelotação dos estabelecimentos prisionais, além de considerandos sobre o parque penitenciário, impõe não só uma reflexão sobre a duração e adequação das penas como sobre a prisão preventiva e, porventura, sobre o regime, que a prática erigiu em regra, de libertação antecipada.¹⁵⁸

O que se pode dizer é que realmente houve essa reflexão, pois o número de presos que em 1999, era de 12.808, acabou diminuindo com relação ao ano de 2011, e da mesma forma o número de presos provisórios, que em 1999 era de 4.052 e em 2011 estava em 2.470. é possível acreditar que Portugal realmente colocou em prática e utilizou-se de outras formas

¹⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. International Centre for Prison Studies. **World Prison Brief**. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_country.php?country=160>. Acesso em: 13 fev. 2013.

¹⁵⁶ PORTUGAL. Base de dados Portugal Contemporâneo. **Reclusos: total e em prisão preventiva**. Disponível em: <<http://www.pordata.pt/Portugal/Reclusos+total+e+em+prisao+preventiva-269>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

¹⁵⁷ ROCHA, João Luís de Moraes. Crimes, penas e reclusão em Portugal: uma síntese. **Sub Judice: Justiça e sociedade**, Coimbra, n. 19, p.101-110, jul./dez. 2000. p. 108.

¹⁵⁸ *Ibidem*. p. 109.

para solução de seus delitos, pois em mais de 10 anos o número de presos diminuiu, o que no Brasil seria impossível de se imaginar.

Para finalizar, mesmo tendo tido progresso o sistema prisional português nos últimos anos, há de se salientar que a situação dos presídios ainda pode deixar a desejar, pois como corrobora o jurista português Francisco D’Almeida, em um estudo realizado sobre o estado das prisões:

Os breves limites deste trabalho nos impedem de apresentar o quadro circunstanciado do estado horroroso das prisões de Portugal; observaremos somente que até agora o único objecto quem tem tido em vista as pessoas encarregadas da direcção das prisões tem sido o emprego de todos os meios, mesmo ilícitos e cruéis, tendentes a impedirem a fuga do preso. Não existe separação (a maior parte das vezes) entre os indivíduos simplesmente acusados e os já condenados; uns e outros são lançados em lugares imundos, aonde a falta de ar puro deteriora em breve tempo a saúde do desgraçado e muitas vezes inocente preso; a comida é mesquinha e de má qualidade; as divisões, excepto a dos sexos, nulas; enfim, ausência de toda a consideração devida ao simples acusado, nenhuns meios de correcção para o criminoso, o qual a maior parte das vezes sai da prisão mais corrompido do que quando pra ela entrou.¹⁵⁹

Diante dessa reflexão, é possível perceber que mesmo Portugal tendo previsto as formas com que o preso provisório será tratado, muitas vezes essas normas não são obedecidas, seja pela falta de estrutura dos presídios, que provavelmente é um problema que poderá ser visto em todos os países, ou em grande maioria deles, seja pela falta de humanização dos agentes penitenciários, que abusam de seu poder frente aos presos. A falta de estrutura prisional atinge também Portugal, assim como o Brasil, e outros tantos países, pois essa é uma ala da sociedade para quem ninguém tem olhos, pois grande parte da população acha que as cadeias são lugares de expiação.

3.1.4 Garantia constitucional portuguesa e o tempo de duração da prisão preventiva

Portugal, assim como o Brasil, possui um Supremo Tribunal Federal, que tem por objetivo a guarda da Constituição, o qual os lusitanos chamam de Tribunal Constitucional.¹⁶⁰

¹⁵⁹ D'ALMEIDA, Francisco. Breves considerações sobre a necessidade e meios de melhorar as prisões de Portugal. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 24, n. 95, p.195-199, jul./set. 2003. p. 195.

¹⁶⁰ “(...) O Tribunal Constitucional é um órgão de soberania, independente dos demais poderes do Estado, tendo como função primordial a de zelar pelo exercício regular das funções do Estado e pela defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos. (...) Destaca-se nuclearmente a de fiscalização da constitucionalidade das leis, no âmbito da qual são tomadas decisões que,

A Constituição da República Portuguesa prevê em seu artigo 28¹⁶¹ normas gerais sobre como às autoridades devem proceder em relação a prisão preventiva. Essas diretrizes devem ser observadas com o máximo rigor, pois, além de rezar sobre um dos princípios elementares dos direitos humanos (direito à liberdade) está normatizado na própria Constituição portuguesa.

Como ressaltado no próprio artigo de lei, a prisão preventiva deve ter natureza excepcional, e devido a essa previsão, que outras tantas medidas estão disponíveis para serem utilizadas antes de sua aplicação. Essas medidas devem ser analisadas com a devida parcimônia, pois, como já visto, é também preocupante em Portugal o excesso de sujeitos submetidos ao encarceramento.

As “medidas de coacção” previstas no código de processo penal português estão elencadas do artigo 196 ao artigo 203. Dessa forma, é possível notar a possibilidade de aplicação das outras medidas que possam surtir o mesmo efeito, porém com menos prejuízo ao sujeito.

Além de ressaltar que a prisão preventiva deve ser aplicada somente depois de analisadas as medidas cautelares diversas, o número 4 do mesmo artigo 28 da Constituição da República Portuguesa, assevera que a prisão preventiva se sujeitará as prazos estabelecidos em lei.

Diante dessa previsão da Constituição Portuguesa, é que o artigo 215¹⁶² do código de processo penal lusitano estabelece o prazo máximo de duração da prisão preventiva. Esses

muitas vezes, vão ter repercussão direta nas condições de vida dos cidadãos. (...)” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/apresentacao.html>. Acesso em: 20 fev. 2013.)

¹⁶¹ Artigo 28.º - (Prisão preventiva) - 1. A detenção será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coacção adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa. 2. A prisão preventiva tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei. 3. A decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade deve ser logo comunicada a parente ou pessoa da confiança do detido, por este indicados. 4. A prisão preventiva está sujeita aos prazos estabelecidos na lei. (PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Constituição da República Portuguesa**.)

¹⁶² **Artigo 215.º - Prazos de duração máxima da prisão preventiva** - 1 - A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido: a) Quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação; b) Oito meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória; c) Um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em 1.ª instância; d) Um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado. 2 - Os prazos referidos no número anterior são elevados, respectivamente, para seis meses, dez meses, um ano e seis meses e dois anos, em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com pena de prisão de máximo superior a 8 anos, ou por crime: a) Previsto no artigo 299.º, no n.º 1 do artigo 318.º, nos artigos 319.º, 326.º, 331.º ou no n.º 1 do artigo 333.º do Código Penal e nos artigos 30.º, 79.º e 80.º do Código de Justiça Militar, aprovado pela Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro; b) De furto de veículos ou de falsificação de documentos a eles respeitantes ou de elementos identificadores de veículos; c) De falsificação de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos e equiparados ou da respectiva passagem; d) De burla, insolvência dolosa, administração danosa do sector público ou cooperativo, falsificação, corrupção, peculato ou de participação económica em negócio; e) De branqueamento de vantagens de proveniência ilícita; f) De fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito; g) Abrangido por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima. 3 - Os prazos referidos no n.º 1 são elevados, respectivamente, para um ano, um ano e quatro meses, dois anos e seis meses e três anos e quatro meses, quando o procedimento for por um dos crimes referidos no número anterior e se revelar de excepcional complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao

prazos prevêem diversas situações, sendo que o máximo que o sujeito poderá ficar preso é pelo tempo de 4 (quatro) anos, o que se denota da conjugação dos números 3 e 5 do mesmo artigo 215.

Esse prazo não poderá ser prorrogado, pois diante do número 7, do artigo 215, mesmo que haja outros processos criminais, o máximo que o sujeito poderá ficar preso preventivamente será esse período. Não haverá a possibilidade de haver um prazo indeterminado para a duração da prisão preventiva. O artigo anteriormente citado é taxativo ao elencar as hipóteses e o tempo de duração da prisão preventiva.

Uma observação importante a ser feita é que caso esse prazo máximo expire, poderá ainda o juiz submetê-lo a outras medidas previstas nos artigos já citados, o que se extrai do artigo 217, 2, do código de processo penal português.¹⁶³ Dessa forma, é possível perceber que mesmo o prazo sendo longo, pelo menos em Portugal, o sujeito estará ciente que não ficará preso sem o devido julgamento por mais de 4 (quatro) anos, claro que dependendo do crime esse prazo pode ser muito menor.

Quando da análise das normas dispostas no processo penal brasileiro, é possível perceber que não foi inserido esse prazo máximo de duração da prisão preventiva. Na verdade, na PL nº 156 (Projeto do Novo Código de Processo Penal), consta tanto o prazo máximo de duração como também a previsão de reexame, porém pecou o legislador por já não ter inserido essas alterações na recente mudança que trouxe a Lei 12.403/11.¹⁶⁴

carácter altamente organizado do crime. 4 - A excepcional complexidade a que se refere o presente artigo apenas pode ser declarada durante a 1.ª instância, por despacho fundamentado, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, ouvidos o arguido e o assistente. 5 - Os prazos referidos nas alíneas c) e d) do n.º 1, bem como os correspondentemente referidos nos n.os 2 e 3, são acrescentados de seis meses se tiver havido recurso para o Tribunal Constitucional ou se o processo penal tiver sido suspenso para julgamento em outro tribunal de questão prejudicial. 6 - No caso de o arguido ter sido condenado a pena de prisão em 1.ª instância e a sentença condenatória ter sido confirmada em sede de recurso ordinário, o prazo máximo da prisão preventiva eleva-se para metade da pena que tiver sido fixada. 7 - A existência de vários processos contra o arguido por crimes praticados antes de lhe ter sido aplicada a prisão preventiva não permite exceder os prazos previstos nos números anteriores. 8 - Na contagem dos prazos de duração máxima da prisão preventiva são incluídos os períodos em que o arguido tiver estado sujeito a obrigação de permanência na habitação. (PORTUGAL. **Código de Processo Penal.**)

¹⁶³ **Artigo 217.º - Libertação do arguido sujeito a prisão preventiva** – (...) 2 - Se a libertação tiver lugar por se terem esgotado os prazos de duração máxima da prisão preventiva, o juiz pode sujeitar o arguido a alguma ou algumas das medidas previstas nos artigos 197.º a 200.º, inclusive. (...) (PORTUGAL. **Código de Processo Penal.**)

¹⁶⁴ NICOLITT. **Lei nº 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. p. 45.

3.2 Medidas cautelares diversas como alternativa à prisão preventiva no Brasil e em Portugal

Com o advento da Lei 12.403/11, o artigo 319 elencou nove possibilidades de imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão preventiva, que deverão ser utilizadas na busca de evitar o cárcere cautelar, impondo uma medida menos gravosa para o acusado. Nesse mesmo sentido, é possível perceber que a prisão preventiva poderá ser substituída por qualquer uma das medidas, ou ainda também, cumulada com outra.

Importante ressaltar que quaisquer dessas medidas só poderão ser impostas se estiver presentes os requisitos e fundamentos da prisão preventiva, pois, “a medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação”.¹⁶⁵

Antes de iniciar a análise dos incisos do artigo 319 do código de processo penal brasileiro, é importante ressaltar que a alteração feita pelo legislador brasileiro, através da Lei n. 12.403/11, teve grande influência do modelo português. Uma breve análise realizada por André Luiz Nicolitt, merece ser transcrita devido à objetividade com que fora exposta:

(...) nitidamente inspirada em modelos europeus, dotada de franca semelhança com o modelo português, nosso sistema traz inúmeras medidas cautelares que devem ser aplicadas, antes de pensar na aplicação da prisão cautelar, que perde a condição de única, para ser a *ultima ratio*. Note-se que em Portugal encontramos as seguintes medidas que ecoaram em nosso sistema: caução (art.197, CPPP); obrigação de apresentação periódica (art. 198, CPPP); suspensão de exercício de funções, profissões e direito (art. 199, CPPP); proibição de permanência, ausência e de contatos (art. 200, CPPP); obrigação de permanência na habitação (art. 201, CPPP); prisão preventiva (art. 202, CPPP), criando também um sistema de cumulação, substituição, suspensão e revogação das medidas (arts. 203, 205, 211 e 212, CPPP). Nosso sistema, através do art. 319 do CPP, manteve, com outros contornos, a fiança (semelhante a caução do direito português) e criou a obrigação de comparecimento periódico, a proibição de acesso ou frequência a lugares; proibição de manter contato com pessoas, proibição de ausentar-s da comarca, recolhimento domiciliar no período noturno ou em dias de folga, suspensão do exercício de função ou atividade econômica ou financeira, internação provisória, monitoramento eletrônico e proibição de ausentar-se do país. (...) De forma, o sistema das cautelares não é estático, as mudanças das situações fáticas produzem movimentos, reações nas medidas aplicadas, podendo assim falar em um sistema dinâmico das cautelares.¹⁶⁶

¹⁶⁵ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 853.

¹⁶⁶ NICOLITT. **Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. p. 44-45.

Diante dessa análise objetiva que o autor realiza, é possível perceber que o sistema cautelar brasileiro foi influenciado pelo sistema cautelar lusitano, pois algumas medidas cautelares existentes foram “aproveitadas”, dentro do contexto local, pelo legislador. Também fica nítida a criação de outras medidas devido à situação criminal brasileira. Sendo as medidas alternativas impostas pela Lei 12.403/11 de extrema importância, é necessário que se faça a abordagem de cada item do artigo 319 do código de processo penal.

Inicialmente, o inciso I traz a possibilidade de “comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades”, essa medida segundo Renato Brasileiro de Lima:

Tem como objetivo precípua verificar que o acusado permanece à disposição do juízo para a prática de qualquer ato processual, mas também pode ser usada para se obter informações acerca das atividades que o acusado está exercendo.¹⁶⁷

O que se extrai dessa possibilidade é que se permite, ao mesmo tempo, o controle da vida cotidiana e do paradeiro do acusado para certificar-se da eficácia da aplicação da lei penal. Aqui cabe uma observação: a medida cautelar elencada no inciso I do artigo 319 não pode ser confundida com a medida imposta no parágrafo único do artigo 310 do código de processo penal, pois essa é o dever de comparecer aos atos processuais e aquela o dever de comparecer em juízo. Medida semelhante é encontrada no artigo 198¹⁶⁸ do código de processo penal de Portugal, porém com uma ressalva, essa medida somente poderá ser aplicada no caso do crime ter pena máxima de 6 meses, sendo assim, para crimes mais graves essa medida não pode ser aplicável.

O inciso II traz a “proibição de acesso ou frequência a determinados lugares”, que nada mais é do que a vedação ao acesso ou frequência a certos lugares os quais precisam “guardar correspondência com o fato praticado, tudo para evitar a reiteração ou o cometimento de outros delitos.”¹⁶⁹ Na realidade essa medida impende em evitar a perturbação ou o acirramento de ânimos entre pessoas que se aglomeram em determinados lugares, que devem ser determinados pelo juiz, como por exemplo, em bares, estádios, entre outros, sendo

¹⁶⁷ LIMA. **Manual de processo penal**. p. 1427.

¹⁶⁸ **Artigo 198.º Obrigação de apresentação periódica** - 1 - Se o crime imputado for punível com pena de prisão de máximo superior a 6 meses, o juiz pode impor ao arguido a obrigação de se apresentar a uma entidade judiciária ou a um certo órgão de polícia criminal em dias e horas preestabelecidos, tomando em conta as exigências profissionais do arguido e o local em que habita. 2 - A obrigação de apresentação periódica pode ser cumulada com qualquer outra medida de coacção, com a excepção da obrigação de permanência na habitação e da prisão preventiva. (PORTUGAL. **Código de Processo Penal**.)

¹⁶⁹ NUCCI. **Código de processo penal comentado**. p. 680.

“inadmissível a proibição de frequência a determinados locais em termos genéricos, sem especificá-los.”¹⁷⁰ Já o código de processo penal lusitano trouxe em um artigo algumas previsões que encontram-se na lei brasileira em três incisos (II, III, IV), também aqui cabe uma ressalva, o artigo 200¹⁷¹ da lei de Portugal prevê que somente poderão ser aplicadas essas medidas para crimes com pena máxima superior a 3 (três) anos, podendo, ainda, cumular com outras.

Já o inciso III, faz referência à proibição de manter contato com pessoa determinada. Esse medida traz os mesmos contornos da medida prevista no inciso anterior, sendo o núcleo central desta hipótese “a vítima ou seus familiares, evitando-se contatos prejudiciais a todos os envolvidos, e, por isso mesmo, a reiteração de novos conflitos.”¹⁷² Nesse caso o que se evita é que o acusado fique no encalço da vítima, por exemplo, ou como já dito, de seus familiares.

Seguindo o rol do artigo 319 do código de processo penal, o inciso IV traz a “proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução”. Essa medida já existia no ordenamento jurídico brasileiro, como uma condição da suspensão condicional do processo. A sua aplicação será restrita devido ao próprio enunciado ressaltar que só será possível durante a instrução ou investigação. Então, encerrada essas etapas, não mais poderá se utilizar dessa medida como fundamento. Uma crítica é realizada referente à expressão “conveniência”, pois “não se decreta uma medida restritiva de direitos fundamentais por mera conveniência das autoridades públicas. Ou há necessidade ou a medida é descabida.”¹⁷³

Outra possibilidade encontra-se elencada no inciso V, que dá a possibilidade do “recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos”. O doutrinador André Luiz Nicolitt faz uma observação quanto à aplicação dessa medida:

¹⁷⁰ LIMA. op. cit. p. 1428.

¹⁷¹ **Artigo 200.º Proibição e imposição de condutas** - 1 - Se houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos, o juiz pode impor ao arguido, cumulativa ou separadamente, as obrigações de: a) Não permanecer, ou não permanecer sem autorização, na área de uma determinada povoação, freguesia ou concelho ou na residência onde o crime tenha sido cometido ou onde habitem os ofendidos, seus familiares ou outras pessoas sobre as quais possam ser cometidos novos crimes; b) Não se ausentar para o estrangeiro, ou não se ausentar sem autorização; c) Não se ausentar da povoação, freguesia ou concelho do seu domicílio, ou não se ausentar sem autorização, salvo para lugares predeterminados, nomeadamente para o lugar do trabalho; d) Não contactar, por qualquer meio, com determinadas pessoas ou não frequentar certos lugares ou certos meios; e) Não adquirir, não usar ou, no prazo que lhe for fixado, entregar armas ou outros objectos e utensílios que detiver, capazes de facilitar a prática de outro crime; f) Se sujeitar, mediante prévio consentimento, a tratamento de dependência de que padeça e haja favorecido a prática do crime, em instituição adequada. 2 - As autorizações referidas no número anterior podem, em caso de urgência, ser requeridas e concedidas verbalmente, lavrando-se cota no processo. 3 - A proibição de o arguido se ausentar para o estrangeiro implica a entrega à guarda do tribunal do passaporte que possuir e a comunicação às autoridades competentes, com vista à não concessão ou não renovação de passaporte e ao controlo das fronteiras. (PORTUGAL. **Código de Processo Penal**.)

¹⁷² OLIVEIRA. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. p. 649.

¹⁷³ BIANCHINI. **Prisão e medidas cautelares**: Comentários à Lei 12.403, de 4 maio de 2011. p. 195.

O recolhimento em período noturno ou nos dias de folga tem natureza cautelar, tanto para tutelar a prova, quanto para diminuir o risco de fuga, embora seja verdade que sua eficácia para tais escopos é pequena. Ao nosso sentir, a medida acabará por ser mais utilizada com fins diversos dos cautelares, como a prevenção geral e específica, traduzindo-se em mais uma subversão à presunção de inocência.¹⁷⁴

Diante dessa reflexão, é necessário que se tenha em mente, que as medidas cautelares não podem possuir um fim de prevenção geral e especial¹⁷⁵, fim esse, que somente a pena em concreto terá. Sendo essa medida um tanto quanto benéfica, aplicada isolada dificilmente poderá ser controlada, ou seja, não há como saber se realmente o indivíduo estará cumprindo-a ou não, por isso, Renato Brasileiro de Lima sugere que essa medida seja cumulada com a de monitoramento eletrônico¹⁷⁶, desde que atendidos os limites da proporcionalidade e necessidade. Para o direito português, a aplicação dessa medida está prevista no artigo 201¹⁷⁷, sendo um pouco diferente da lei brasileira, pois não será somente em período noturno, e também, o crime cometido terá que ter pena prevista superior a 3 (três) anos. Assim como a ressalva feita por Renato Brasileiro de Lima, o direito português já prévio em sua norma a possibilidade de monitoração eletrônica para controle dessa medida.

De outra banda, o inciso VI, disserta sobre a “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”. Logo de início é possível perceber que essa é uma medida extremamente gravosa que deve ser aplicada com parcimônia., pois “não se tutela o processo ou seu objeto, aproximando-se tal medida a uma (ilegal) antecipação da função de prevenção especial da pena.”¹⁷⁸ Outro fato importante é a não determinação de duração dessa medida, isso poderá importar numa verdadeira “falência” do indivíduo, pois estará proibido de exercer a atividade lícita que lhe dava condições de sustento. Porém, uma ressalva deve ser feita, ao analisar o cabimento dessa medida, o magistrado deverá enxergar a relação do delito com sua função, ou seja, que o mesmo utilizava-se do seu cargo para

¹⁷⁴ NICOLITT. **Lei nº 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. p. 87.

¹⁷⁵ Conforme nota de rodapé n. 42 (pg. 22) e 43 (pg. 23)

¹⁷⁶ LIMA. **Manual de processo penal**. p. 1432.

¹⁷⁷ **Artigo 201.º Obrigação de permanência na habitação** - 1 - Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a obrigação de não se ausentar, ou de não se ausentar sem autorização, da habitação própria ou de outra em que de momento resida ou, nomeadamente, quando tal se justifique, em instituição adequada a prestar-lhe apoio social e de saúde, se houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos. 2 - A obrigação de permanência na habitação é cumulável com a obrigação de não contactar, por qualquer meio, com determinadas pessoas. 3 - Para fiscalização do cumprimento das obrigações referidas nos números anteriores podem ser utilizados meios técnicos de controlo à distância, nos termos previstos na lei. (PORTUGAL. **Código de Processo Penal**.)

¹⁷⁸ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 861.

cometer tais infrações. Medida semelhante também está prevista no código de processo penal português, o artigo 199¹⁷⁹ prevê que essa medida só poderá ser imposta caso o crime cometido tenha pena máxima prevista superior a 2 (dois) anos.

O inciso VII, traz à tona a medida de “internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração.” É possível perceber que para a aplicação dessa medida é necessário o preenchimento de 3 (três) requisitos, quais sejam: a) crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; b) inimputabilidade ou semi-imputabilidade demonstrada por perícia; c) risco de reiteração criminosa; ainda cabe enfatizar que esses requisitos devem ser cumulados, não basta a existência de somente um¹⁸⁰.

No primeiro é certo que o delito, como o próprio requisito já ressalta, deve ter sido cometido com violência ou grave ameaça, ou seja, se for contra patrimônio, sem haver violência ou grave ameaça diretamente à pessoa, não caberá essa hipótese de medida. Quanto ao segundo requisito existe uma certa inconveniência, pois “os peritos dirão, hoje, se ao tempo da ação ou omissão o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”¹⁸¹

Enfim, com relação ao último requisito, Aandré Luiz Nicolitt assevera que se trata de uma inconstitucionalidade, pois é uma questão subjetiva, onde só se poderá ter certeza após o trânsito em julgado. O que o autor salienta é que “reiteração pressupõe não só o cometimento do fato objeto do processo, como a possibilidade de novas práticas, o que indica sua finalidade de prevenção específica, retirando a natureza cautelar da medida (...)”¹⁸²

O que está previsto no inciso VIII é a “fiança, nas infrações que admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.” O doutrinador Renato Brasileiro de Lima em análise a esse ponto colabora alegando que:

¹⁷⁹ **Artigo 199.º Suspensão do exercício de profissão, de função, de actividade e de direitos** - 1 - Se o crime imputado for punível com pena de prisão de máximo superior a 2 anos, o juiz pode impor ao arguido, cumulativamente, se disso for caso, com qualquer outra medida de coacção, a suspensão do exercício: a) De profissão, função ou actividade, públicas ou privadas; b) Do poder paternal, da tutela, da curatela, da administração de bens ou da emissão de títulos de crédito; sempre que a interdição do respectivo exercício possa vir a ser decretada como efeito do crime imputado. 2 - Quando se referir a função pública, a profissão ou actividade cujo exercício dependa de um título público ou de uma autorização ou homologação da autoridade pública, ou ao exercício dos direitos previstos na alínea b) do número anterior, a suspensão é comunicada à autoridade administrativa, civil ou judiciária normalmente competente para decretar a suspensão ou a interdição respectivas. (PORTUGAL. **Código de Processo Penal.**)

¹⁸⁰ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal.** p. 861.

¹⁸¹ Ibidem. p. 862.

¹⁸² NICOLITT. **Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares.** p. 90.

Verificada a necessidade da medida para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais, ao invés de decretar a prisão preventiva, poderá o juiz optar por impor ao acusado o recolhimento de fiança, medida igualmente eficaz e suficiente para o fim desejado pela providência cautelar, porém com menor sacrifício à liberdade do acusado.¹⁸³

Em relação ao instituto da fiança, o Código de Processo Penal dedica o Capítulo VI inteiro à sua análise, sendo na verdade um equívoco do próprio legislador prevê-lo no artigo 319 como sendo “outras” medidas cautelares, pois já existente. Ocorre que é preciso ter o devido cuidado para distingui-las, devido ao fato da fiança prevista no Capítulo VI do Código de Processo Penal reza a respeito da concessão da liberdade provisória, e, esta em análise, para substituição da prisão preventiva.¹⁸⁴ Diante desse inciso percebe-se a semelhança com o direito lusitano, pois o artigo 197¹⁸⁵ do Código de Processo Penal português prevê a caução, que possui o mesmo fim da fiança da lei brasileira. Nessa previsão, diferentemente das outras, não há a exigência de um limite de pena máxima para sua aplicação, sendo assim, entende-se que poderá ser cumulada com outras, salvo com as medidas previstas nos artigos 201 e 202 do Código de Processo Penal português.¹⁸⁶

Finalmente o último inciso, IX, reza sobre o monitoramento ou monitoração eletrônica. Primeiro é preciso salientar a deficiência no sistema carcerário brasileiro e a falta de estrutura que possui. Dessa forma essa medida acaba por se tornar muito pouco utilizada, pois não há o necessário cuidado e preparo do sistema judiciário brasileiro para colocá-la em prática¹⁸⁷. Sobre a sua utilização se tem o entendimento de que:

¹⁸³ LIMA. **Manual de processo penal**. p. 1437.

¹⁸⁴ SILVA. **Comentários à lei 12.403/11**: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória. p. 262.

¹⁸⁵ **Artigo 197.º Caução** - 1 - Se o crime imputado for punível com pena de prisão, o juiz pode impor ao arguido a obrigação de prestar caução. 2 - Se o arguido estiver impossibilitado de prestar caução ou tiver graves dificuldades ou inconvenientes em prestá-la, pode o juiz, oficiosamente ou a requerimento, substituí-la por qualquer ou quaisquer outras medidas de coacção, à excepção da prisão preventiva ou de obrigação de permanência na habitação, legalmente cabidas ao caso, as quais acrescerão a outras que já tenham sido impostas. 3 - Na fixação do montante da caução tomam-se em conta os fins de natureza cautelar a que se destina, a gravidade do crime imputado, o dano por este causado e a condição sócio-económica do arguido. (PORTUGAL. **Código de Processo Penal**.)

¹⁸⁶ ISASCA, Frederico. A prisão preventiva e restantes medidas de coacção. p. 105.

¹⁸⁷ Tornozeleira não impede fugas e RJ suspende uso no regime semiaberto. **G1 Brasil**. São Paulo, 03 abr. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/tornozeleira-nao-impede-fugas-e-rj-suspende-uso-no-regime-semi-aberto.html>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

Pela abrangência que possui (o indiciado ou acusado será monitorado em todos os seus passos), é medida que se presta a todas as finalidades das cautelares – garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal – pois permite aos controladores verificar se o preso continua praticando infrações penais, ou se está exercendo atos indevidos de obstrução às investigações, ou ainda se está cometendo atos indicativos de fuga.¹⁸⁸

Com essa reflexão sobre o monitoramento ou monitoração eletrônico é possível perceber que essa medida é bastante invasiva, pois mesmo o sujeito não estando encarcerado, ele estará sujeito a um controle muito maior do Estado, sendo acompanhado em todos os seus passos. Ocorre que essa medida é uma maneira muito eficaz de reduzir drasticamente o número de presos no sistema carcerário e, também, possibilitar a manutenção do indivíduo no meio social, ficando, muito mais viável sua (re)inserção social. Do direito português apesar de não estar expressamente previsto em seu código de processo penal, há uma Direcção-Geral de Reinserção Social¹⁸⁹, o qual atua através do Ministério da Justiça local, onde possui como um de seus objetivos a “crença no valor da reinserção social”, como também “uma estratégia de intervenção em sistema prisional que visa primordialmente o reforço das condições de reinserção social em liberdade” entre outros. Assim sendo, esse programa prevê o monitoramento eletrônico como uma maneira de se evitar que o indivíduo vá para o sistema prisional, na tentativa de evitar que ele se corrompa, tornando sua reinserção social mais plausível.

Para finalizar, diante de todas essas possibilidades de medidas alternativas à prisão preventiva é preciso que as mesmas sejam utilizadas para seu devido fim, ou seja que seja a liberdade a regra e a prisão a exceção, como também, uma restrição menos onerosa para o indivíduo. O que não pode ocorrer é que “tais medidas sejam deturpadas, não servindo, efetivamente, como redutoras de danos, mas sim de expansão de controle.”¹⁹⁰

¹⁸⁸ BIANCHINI. **Prisão e medidas cautelares**: Comentários à Lei 12.403, de 4 maio de 2011. p. 199.

¹⁸⁹ “A Direcção-Geral de Reinserção Social é o serviço responsável pela definição e execução das políticas públicas da administração de prevenção criminal e de reinserção social de jovens e adultos, designadamente, pela promoção e execução de medidas tutelares educativas e medidas alternativas à prisão. Está sob a tutela do Secretário de Estado Adjunto e da Justiça.” (PORTUGAL. Direcção-Geral de Serviço Social. Serviços. Disponível em: <<http://www.dgrs.mj.pt/web/rs/servicos>>. Acesso em: 02 mai. 2013.)

¹⁹⁰ LOPES JÚNIOR. **Direito processual penal**. p. 854.

3.3 Breves reflexões em torno dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal brasileiro e suas consequências

Inicialmente, para que se possa fazer uma análise pormenorizada de alguns dos aspectos da prisão preventiva, é necessário que se tenha em mente dois artigos do Código de Processo Penal brasileiro, quais sejam: o artigo 312 e o artigo 313, pois com o advento da Lei n. 12.403/11 houve uma mudança significativa na imposição dessa medida.

É notória a contradição que os dois artigos mencionados geram, pois analisando-os separadamente, nota-se que é possível a decretação da prisão preventiva para crimes dolosos que tenham pena prevista inferior a quatro anos, mas se analisados conjuntamente, é possível perceber que o artigo 312 traz alguns pressupostos genéricos e o artigo 313 critérios de ordem objetiva. Sendo assim, é necessária a conjugação desses artigos para que a prisão preventiva possa vir a ser decretada¹⁹¹.

Há duas hipóteses que se encaixam nesse pensamento. A primeira delas afirma que, se imposta uma medida cautelar, independentemente se houver seu descumprimento ou não, a prisão preventiva somente poderá ser decretada nos casos expressos, taxativamente, no artigo 313 do Código de Processo Penal. A segunda hipótese, por sua vez, não se detém somente as hipóteses do artigo 313. Havendo, somente o descumprimento de qualquer umas das medidas cautelares impostas, mesmo o fato delituoso tendo pena inferior a quatro anos, incidirá na decretação da prisão preventiva.¹⁹²

Com essa breve introdução, um questionamento surge a esse respeito: Se o descumprimento de uma medida cautelar poderia justificar a decretação de uma prisão preventiva para crimes dolosos com penas inferiores a quatro anos ou não?.

A indagação é demasiadamente polêmica e controversa. Para um dos adeptos da visão garantista, como por exemplo, Aury Lopes Júnior, se têm que de forma alguma poderá chegar à extremidade da aplicação dessa medida para um crime com pena inferior a quatro anos, mesmo que se tenha infringindo uma medida cautelar.

Por outro lado, para os adeptos de uma visão punitivista, como é o caso de Eugênio Pacelli de Oliveira, não se pode deixar inerte uma ação cometida por um delinquente, que

¹⁹¹ESSADO, Tiago Cintra. Prisão cautelar: A necessidade como pressuposto imprescindível. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 19, n.225. Ago. 2011, p. 12

¹⁹²VOLPE FILHO, Clovis Alberto; BORGES, Diego da Mota. Descumprimento de medida cautelar e a decretação da prisão preventiva: Análise à luz da homogeneidade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 2011, n. 227. Out. 2011, p. 8

descumprindo uma medida cautelar já imposta ficará submetido à outra medida, onde provavelmente essa segunda terá o mesmo destino da primeira, ou seja, o seu descumprimento. Por isso, somente uma pena mais severa é que garantirá a aplicação e a obediência à legislação por parte desses delinquentes.

Para além desse questionamento, outra situação se torna frequente: a situação do carcerário brasileiro. Sabido é que essa questão está intimamente ligado ao processo penal e à prisão preventiva, pois é o limite de toda a persecução penal. Esse mesmo sistema carcerário que já se encontra defasado é o destino daqueles que tem sua prisão preventiva decretada.

Outro ponto que merece uma reflexão mais aprofundada é a questão da prisão preventiva não poder ser vista como um adiantamento da pena. Sendo vista por esse viés, estarão sendo diretamente atingidos os princípios do estado de inocência, dignidade da pessoa humana, legalidade entre tantos outros. Em virtude disso, a mudança trazida pela nova lei se mostra imperiosa, pois se ela fosse observada com o devido rigor uma considerável parcela dos presos preventivos poderiam ter sua liberdade imposta, por não preencherem todos os requisitos exigidos para a decretação da prisão preventiva, fato que como visto, não ocorreu. Ao contrário, o que se percebeu foi um aumento indiscriminado de presos provisórios.

A Desembargadora Louise Filgueiras¹⁹³, ao proferir decisão em um acórdão de sua relatoria, em seu voto é clara ao explicar sobre a *ultima ratio* da prisão preventiva, pois é necessário analisar todos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal para somente, em não havendo possibilidade da decretação de uma medida cautelar, aplicar-se a prisão preventiva.

3.4 O descumprimento de medida cautelar e a decretação da prisão preventiva por prática de crime doloso inferior a 4 anos: crítica e autocrítica a partir das teorias punitivista e garantista no direito brasileiro

Para os adeptos de uma visão retributivista, a decretação da prisão preventiva não precisa atender os requisitos do artigo 313, principalmente do inciso primeiro, onde rege que somente será decretada a prisão preventiva para os crimes com pena privativa de liberdade

¹⁹³SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Habeas Corpus n. 0017079-84.2011.4.03.0000**, da 5ª Turma. Relatora: Louise Filgueiras, 15 ago. 2011. Boletim IBCCRIM, São Paulo. Ano 19, n. 228. Nov. 2011, p. 1508.

superior a quatro anos, basta que o agente descumpra uma medida cautelar já imposta para que possa ser decretada a prisão preventiva.

Mesmo que o agente infrator tenha cometido um delito que tenha sua pena máxima fixada inferior a quatro anos, poderá o juiz, num segundo momento, aplicar a prisão preventiva. Veja-se, nesse ponto, a posição de Guilherme de Souza Nucci:

As medidas cautelares, alternativas ao cárcere, são salutares e representam a possibilidade real de esvaziamento de cadeias. Porém, elas precisam de credibilidade e respeitabilidade. Não sendo cumpridas as obrigações fixadas, nos termos estabelecidos no art. 282 §4.º, parte final, do CPP, pode-se decretar a preventiva, como última opção¹⁹⁴.

Diante disso, a prisão preventiva acaba tornando-se uma maneira de reforçar o peso que tem o sistema judiciário, fazendo com que, num primeiro momento, caso o delito não seja tão grave, imponha-se uma sanção menos severa, pelo fato do crime não ter uma pena alta, dessa forma esse infrator poderá continuar vivendo fora do sistema carcerário. Porém, caso venha a descumprir essa medida, seja imposta uma sanção mais gravosa, para dar “credibilidade” à medida antes aplicada.

Para a visão punitivista não importa que o delito tenha sua pena máxima inferior a quatro anos, basta o juiz, convencendo-se que a medida descumprida não foi suficiente, aplicar a prisão preventiva, desde que a faça com a devida fundamentação de sua decisão. Consequentemente esse sujeito irá se enquadrar nas estatísticas de presos provisórios que superlotam o sistema carcerário.

Como já arguido, a conversão dessa medida cautelar em prisão preventiva não é automática. É necessária a sua fundamentação, demonstrando sua necessidade. Porém, nada impede que o juiz, analisando o caso concreto, veja que aquela medida antes imposta não foi suficiente, aplicando a pena privativa de liberdade como faculdade do poder discricionário que possui¹⁹⁵.

Diante desse contexto, é visto que não é empecilho o crime não ter sua pena máxima inferior a quatro anos, como pode-se extrair da posição de Eugênio Pacelli de Oliveira:

¹⁹⁴NUCCI. **Prisão e liberdade**: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. p. 69.

¹⁹⁵NICOLITT. **Lei nº 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. p. 70 et. seq.

Quanto à possibilidade de decretação da preventiva de modo subsidiário, sem o limite do art. 313, I, há que se ponderar ser essa a única conclusão possível, sob pena de não se mostrarem efetivas as medidas cautelares diversas da prisão, nos casos em que a pena cominada ao crime doloso seja igual ou inferior a quatro anos (o *teto* estabelecido no art. 313, I). A prisão preventiva *para garantir a execução das medidas cautelares*, portanto, não pode se submeter aos limites do apontado inciso I, do art. 313, CPP¹⁹⁶.

Com essa afirmação é possível perceber que não é limite para o magistrado o rol taxativo do artigo 313, especialmente o seu inciso primeiro, pois, caso o acusado descumpra as medidas cautelares diversas da prisão, não resta outra opção ao juiz senão a decretação da prisão preventiva, pelo fato de o poder judiciário acabar por se mostrar impossibilitado de coibir esse agente a não mais praticar delitos. A única saída, dentro dessa visão, é a imposição de uma medida mais severa, mostrando para o acusado que o magistrado possui, ainda, o poder discricionário perante o processo. Essa visão punitivista não é a majoritária, porém, há esse viés na nova norma produzida pelo legislador, deixando ainda certo poder nas mãos dos magistrados.

A visão garantista da prisão preventiva vem sendo majoritária, onde primeiramente é necessário analisar as hipóteses do artigo 313 do código de processo penal. Caso elas estejam de acordo, os requisitos expostos no artigo 312 do mesmo código serão analisados, sendo assim, não é possível que a prisão preventiva seja imposta para os crimes com pena inferior a quatro anos.

Por causa dessa sistemática, é que o artigo 312 do código de processo penal não pode ser interpretado de maneira isolada, pois é “impossível decretar a prisão preventiva apenas pelo descumprimento das medidas cautelares anteriormente impostas, se não houver o enquadramento do fato em uma das hipóteses do art. 313 do CPP”¹⁹⁷. Diante dessa visão, o juiz terá que, ou aplicar uma medida cautelar diversa daquela imposta, ou cumular outras, porém, jamais convertê-la em preventiva.

Desse modo é perceptível a ligação com o princípio da proporcionalidade, pois o legislador já quis fixar de maneira prioritária o limite para a decretação da prisão preventiva, ou seja, somente será possível aplicá-la para crimes que sejam punidos com pena máxima superior a quatro anos¹⁹⁸. Para os adeptos dessa visão, o juiz não possui tanto poder

¹⁹⁶ OLIVEIRA. **Curso de processo penal**. p. 544.

¹⁹⁷ VOLPE FILHO. Descumprimento de medida cautelar e a decretação da prisão preventiva: Análise à luz da homogeneidade. p. 8.

¹⁹⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. Medidas cautelares pessoais: Primeiras reflexões. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 19, n. 223, Jun. 2011p. 16.

discricionário, pois ele está submetido ao rol taxativo elencado no artigo 313 do código de processo penal.

As medidas cautelares diversas são importantes alternativas em relação à prisão preventiva. Mesmo quando há o descumprimento de uma medida já imposta é permitido que se cumulem outras, o que não pode ocorrer, segundo o artigo 313 é a decretação da prisão preventiva para crimes que possuam uma pena inferior a 4 (quatro) anos. Caso o magistrado utilize primeiramente da prisão preventiva estará atingindo primordialmente o princípio da proporcionalidade.

É rigoroso o artigo ao elencar as hipóteses em seu artigo 313, “mesmo que exista *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* (art. 312 do Código de Processo Penal), se o caso não se situar nos limites do art. 313, não caberá prisão preventiva”¹⁹⁹, portanto, o dispositivo legal não deixa margem para o cabimento desse cerceamento de liberdade para crimes com a pena máxima fixada menor do que quatro anos.

Reafirmando, para ser cabível a prisão preventiva, é necessário, primordialmente, que estejam presentes os requisitos dos dois artigos conjuntamente, tanto do artigo 313 quanto do 312 do código de processo penal. Estando presentes esses requisitos, a conduta do agente deverá gerar um descumprimento de uma medida protetiva ou, ainda por cima, a prática de um crime, pois distante disso a medida acaba por se tornar inconstitucional, ou seja, a prisão preventiva por descumprimento de uma medida protetiva somente será cabível nos casos expressos no artigo 313 do código de processo penal.²⁰⁰

Perante essas posições, nota-se que não terá cabimento a prisão preventiva para crimes inferiores a quatro anos, pois o legislador quis observar de forma direta o princípio da proporcionalidade, gerando assim opções diversas para que o agente infrator pudesse ser punido, tentando de alguma forma não introduzi-lo no sistema carcerário.

Por fim, com essas medidas, fica nítido que se busca uma maneira para desafogar o universo carcerário brasileiro, na busca do atendimento de formas mais humanitárias de colocação dessas pessoas dentro do sistema carcerário, pois como já dito, os presídios encontram-se a beira do caos. Na tentativa de evitar o “contágio criminal”, as medidas cautelares tornaram-se uma forma de tentar não penalizar ou fazer com que aquele infrator de índole não tão preocupante se torne um antecipada e ilegitimamente delinquente.

¹⁹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: atualizado Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 76

²⁰⁰ BIANCHINI. **Prisão e medidas cautelares**: Comentários à Lei 12.403, de 4 maio de 2011. p. 152.

CONCLUSÃO

Foram realizadas diversas abordagens sobre grande parte do significado da prisão preventiva. É possível perceber que ela não deve ser considerada um fim em si mesma, ou seja, uma solução para se ter mais segurança em um Estado Democrático de Direito.

A prisão preventiva, aos olhos de uns pode ser benéfica (para aqueles que sofreram algum malefício por um ato cometido por esses agentes), porém, aos olhos de outros, (por exemplo, para aqueles que dela “usufruem”) ela simplesmente é uma maneira de arruinar com a vida daquele que já está largado à sorte pelo Estado. Isso se vê com o constante crescimento da população carcerária e também com o significativo aumento da taxa de criminalidade.

Certo é que, existem diversas outras maneiras para que não se envie alguém para o já famigerado sistema carcerário, pois, como já dito, encontra-se defasado. Ainda, há uma previsão expressa de que os presos provisórios não poderiam, de maneira alguma, conviver com aqueles que já estão cumprindo sua pena transitada em julgado, porém, no sistema atual, não há a mínima possibilidade de que essa norma seja cumprida, pois praticamente todos os presídios encontram-se com sua capacidade de ocupação dobrada ou até mesmo mais.

Foi diante desse cenário que a Lei 12.403/11 entrou em vigor, objetivando desafogar muitos desses locais que já se encontravam em situação desastrosa, porém, o que se vê atualmente é o aumento, cada vez maior, do número de presos provisório. Esse é um indicativo de que, talvez, o sistema em si esteja se utilizando da prisão preventiva como uma forma de dar respostas a uma sociedade que busca por mais justiça.

Buscando a prática de outros países, foram realizadas ao longo do estudo, ponderações a respeito de como a prisão preventiva é vista em Portugal, país que possui lei semelhante à brasileira, porém com alguns avanços que não são perceptíveis no Brasil. Uma observação importante é a questão da duração da prisão preventiva, que em Portugal possui um limite máximo, diferentemente do Brasil. Para além desse ponto, questão que chama atenção, também, é com relação à possibilidade do acusado usar do seu mais amplo direito de defesa no momento em que o Ministério Público, realiza o pedido da prisão preventiva.

Diversos foram os pontos nos quais se buscou fazer uma comparação entre os dois países, tal como o problema carcerário enfrentado, também por Portugal. Porém lá é visto que, a prisão preventiva, não atinge o mesmo patamar de aplicação do Brasil, sendo os presos

preventivos de Portugal minoria, e não quase o mesmo número de presos cumprindo decisão já transitada em julgado.

Fazendo nova menção a Lei 12.403/11, é imperioso ressaltar que a mudança realizada pela presente lei tornaria o sistema carcerário como última alternativa, pelo fato de terem sido incluídas outras medidas cautelares diversas da prisão preventiva. Dessa forma, antes da sua aplicação, o magistrado deveria analisar os pressupostos e requisitos tanto do artigo 312 como do artigo 313 do Código de Processo Penal.

Com isso surge o questionamento que o estudo buscou aprofundar, se seria cabível a medida da prisão preventiva para aqueles indivíduos que tivessem cometido crime doloso com pena máximo inferior a 4 (quatro) anos, e que descumpriram uma medida cautelar. Aprofundando-se no tema duas correntes se destacam, uma visão garantista e outra punitivista.

A visão garantista defende que, se o artigo 313 do Código de Processo Penal elencou, de modo taxativo, as hipóteses de aplicação da prisão preventiva, não poderá o magistrado aplicá-la de modo facultativo. Sendo assim, esses doutrinadores alegam que primeiramente é necessário que se faça a análise do artigo 313 para depois partir para o artigo 312, ambos do Código de Processo Penal. Dessa forma, o parágrafo único do artigo 312 somente poderá ser aplicado nos crimes dolosos que possuam uma pena superior a 4 (quatro) anos.

Já para aqueles que possuem uma visão punitivista, não importa o limite fixado no artigo 313, não sendo um rol taxativo, pois o artigo 312, parágrafo único do Código de Processo Penal, é claro ao trazer que o descumprimento de qualquer medida cautelar anteriormente imposta ensejará em prisão preventiva, não fazendo menção à observância do artigo 313. Sendo assim, para esses doutrinadores, mesmo que o crime seja doloso com pena inferior a 4 (quatro) anos, descumprindo uma medida já imposta por força do artigo 319, poderá o magistrado aplicar a prisão preventiva.

Pois bem, analisando as duas correntes, é necessário que se estabeleça uma aplicação conjugada das mesmas, para os crimes dolosos com pena inferior a 4 (quatro) anos, explica-se: O rol do artigo 313 é taxativo ao trazer os casos em que poderá ser aplicada a prisão preventiva, porém o artigo 312 é claro ao fazer menção que o descumprimento de uma medida já imposta ensejará em prisão preventiva. Diante disso, seria prudente que o magistrado, analisando o caso concreto, impusesse, primeiramente uma ou mais das medidas postas no

artigo 319 do Código de Processo Penal, após, caso o sujeito venha a descumpri-las, que o magistrado cumule outras ou as substitua.

Caso o delinquente não cumpra nenhuma das medidas que foram num primeiro momento impostas e nem as que foram substituídas, o magistrado não terá alternativa se não a imposição da prisão preventiva, pois caso contrário a aplicação dessas medidas tornar-se-ão sem efeito algum. Mesmo com o advento dessa lei, e com as lacunas presentes, essa aplicação da prisão preventiva, como das medidas cautelares diversas, tornaram-se uma grande faculdade do juiz, pois cabe a ele decidir como serão aplicadas, tanto essa como aquelas.

Dessa forma, o que se buscou com o presente estudo, fora aprofundar a visão de alguns doutrinadores e, também, da experiência portuguesa no tratamento da prisão preventiva, conjuntamente com alguns pontos pertinentes a ela, devido ao fato da sua aplicação gerar efeitos em diversos outros aspectos, desde a superlotação dos presídios até o fato incriminador no próprio sujeito.

Com essas observações é nítido que o Brasil ainda está longe de um final para todas essas questões, pois, os presídios encontram-se cada vez mais superlotados, e a lei, mesmo após recente mudança, continua defasada ou inerte em alguns pontos. Para isso, é necessário que se dê mais atenção tanto no processo de criação, quanto de aplicação dessas normas, pesando todos os pontos para que se chegue a uma aplicação justa e que não seja tão degradante aos indivíduos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. Perspectivas dos direitos fundamentais em Portugal e no Brasil do século XXI. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 32, n. 127, p.243-253, jul./set. 2011.

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A prisão preventiva para a garantia da ordem pública na Lei 12.403/11. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 19, n. 229, p. 14-16. Dez. 2011.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 4^a ed. São Paulo: Método, 2008.

BADARÓ, Gustavo. **Direito processual penal**: tomo II. 2^a ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de: Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BIANCHINI, Alice. *et al.* **Prisão e medidas cautelares**: Comentários à Lei 12.403, de 4 maio de 2011. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. 2^a Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mais reflexões sobre a Lei 12.403/11. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 19, n. 223, Jun. 2011.

BRASIL. Constituição Federal do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 23 nov. 2012.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. **InfoPen Estatística**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2012

BUCHO, José Manuel Saporiti Machado da Cruz. **A Revisão de 2010 do Código de Processo Penal Português**. Tribunal de Relações de Guimarães. Disponível em: <<http://www.trg.pt/info/estudos/146-a-revisao-de-2010-do-codigo-de-processo-penal-portugues.html>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

CAIADO, Nuno. A urgência das penas alternativas à prisão efectivas no Brasil. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 19, n. 227, Out. 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução de: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. líder, 2008.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causas e alternativas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

D'ALMEIDA, Francisco. Breves considerações sobre a necessidade e meios de melhorar as prisões de Portugal. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 24, n. 95, p.195-199, jul./set. 2003.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DEZEM, Guilherme Madeira. Medidas cautelares pessoais: Primeiras reflexões. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 19, n. 223, Jun. 2011.

DIAS, João Paulo. Efectividade da independência e/ou autonomia do poder judicial em Portugal: reflexões sobre as condições externas e internas. **Julgar**, Lisboa, n. 10, p.77-101, jan./abr. 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **A reforma do direito penal português: princípios e orientações fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1972.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Carrara e o paradigma penal actual**: uma leitura a partir da experiência portuguesa. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a revisão de 2007 do código de processo penal português. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 18, 2/3, p.367-385, abr./set. 2008.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ESSADO, Tiago Cintra. Prisão cautelar: A necessidade como pressuposto imprescindível. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 19, n.225. Ago. 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. International Centre for Prison Studies. **World Prison Brief**. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_country.php?country=160>. Acesso em: 13 fev. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Tradução de: Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIDALGO, Sônia. Medidas de coacção: aplicação e impugnação (breves notas sobre a revisão da revisão). **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 31, n. 123, p.247-262, jul./set. 2010.

FROTA, Hidemberg Alves da. Necessidade concreta da pena e princípio da proporcionalidade. **Revista CEJ**, Brasília, v. 12, n. 41, p. 24-32, abri./jun. 2008.

GOMES, Magno Federici; TRINDADE, Hugo Vidal. A compatibilidade entre a presunção da inocência e a prisão preventiva. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 53, p.18-33, dez./jan. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **A lei das medidas cautelares é um avanço ou um retrocesso?** Hermenêutica e pré-Compreensões. Instituto de Pesquisa e Cultura Prof. Luiz Flávio Gomes. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/a-lei-das-medidas-cautelares-alternativas-e-um-avanco-ou-um-retrocesso-hermeneutica-e-pre-compreensoes/>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Cadeia só para casos muito graves**. Instituto de Pesquisa e Cultura Prof. Luiz Flávio Gomes. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/cadeia-so-para-casos-muito-graves/>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade para presos não perigosos**. Instituto de Pesquisa e Cultura Prof. Luiz Flávio Gomes. Disponível em <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/liberdade-para-presos-nao-perigosos/#more-8964>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Resumo em 15 tópicos sobre as mudanças da Lei 12.403**. Instituto de Pesquisa e Cultura Prof. Luiz Flávio Gomes. Disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/colunista-convidados/ivan-luis-marques/resumo-em-15-topicos-sobre-as-mudancas-da-lei-12-403/#more-7857>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HASHIMOTO, Érica Akie. As novas medidas cautelares no CPP (Lei 12.403/2011). Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/novo/noticia/13847-As-novas-medidas-cautelares-no-CPP-\(Lei-12.403-2011\)](http://www.ibccrim.org.br/novo/noticia/13847-As-novas-medidas-cautelares-no-CPP-(Lei-12.403-2011))>. Acesso em: 20 fev. 2013.

ISASCA, Frederico. A prisão preventiva e restantes medidas de coacção. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. p. 99-118. Coimbra: Almedina, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. **A privação da liberdade: O violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Rio de Janeiro: Luam Ed., 1993.

KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do código de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: atualizado Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2ª ed. São Paulo. WMF Martins Fontes, 2008.

MARTINS, Isabela do rosário Lisboa. “Do “**Labeling Approach Tupiniquim**”: uma análise compensatória à compreensão criminológica-radical”. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/novo/artigo/10707-Do-%C2%93Labeling-Approach-Tupiniquim%C2%94-%C2%96-uma-analise-compensatoria-a-compreensao-criminologico-radical>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

MATTA, Saragoça da. "Old ways and new needs"? ou "New ways and old needs?": uma perspectiva das reformas necessárias ao processo penal português. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 31, n. 122, p.9-40, abr./jun. 2010.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. v. 3. São Paulo: HM Editora, 2003.

NICOLITT, André Luiz. **Lei nº 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade:** As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência.** 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: 2012.

PEREIRA, Rui. A crise do processo penal. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 25, n. 97, p.17-30, jan./mar. 2004.

PEREIRA NETO, Luiz Fernando; BASTOS, Eliane. O princípio do estado de inocência e a violação pela mídia. **Revista Jurídica da UNIRON**, Porto Velho, v. 1, n. 1, p. 161-177, jan./jun. 2009.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Reformas en la legislación penal y procesal (2006-2009): Portugal . **Revista Penal**, Barcelona, n. 25, p.195-197, jan. 2010.

PORTUGAL. Base de dados Portugal Contemporâneo. **População.** Disponível em: <<http://www.pordata.pt/Portugal/Populacao+residente+total+e+por+grandes+grupos+etarios-513>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

PORTUGAL. Base de dados Portugal Contemporâneo. **Reclusos: total e em prisão preventiva.** Disponível em: <<http://www.pordata.pt/Portugal/Reclusos+total+e+em+prisao+preventiva-269>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal.** Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=199&nversao=&tabela=leis> Acesso em: 13 fev. 2013.

PORTUGAL. Direcção-Geral da Política de Justiça . **Estatística de Justiça.** Disponível em: <http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_634981039052968750>. Acesso em: 13 fev. 2013.

PORTUGAL. Direcção-Geral de Serviço Social. **Serviços.** Disponível em: <<http://www.dgrs.mj.pt/web/rs/servicos>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. **Instalação e Inauguração do Tribunal**. Disponível em <<http://www.trg.pt/relacao/historia/acontecimentos/89-inauguracao.html>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/apresentacao.html>. Acesso em: 20 fev. 2013.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da Lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 19, n. 223. Jun. 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 0061142-20.2011.8.19.0000**, da 8ª Câmara Criminal. Relator: Des. Marcus Quaresma Ferraz. Rio de Janeiro, 18 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em: 27 fev. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.70018920934**, da 5ª Câmara Criminal Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 04 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 15 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.700006140693**, da 5ª Câmara Criminal Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 23 abr. 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 15 jan. 2013.

ROCHA, João Luís de Moraes. Crimes, penas e reclusão em Portugal: uma síntese. **Sub Judice: Justiça e sociedade**, Coimbra, n. 19, p.101-110, jul./dez. 2000.

SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 18, n. 86, set-out. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Habeas Corpus n. 0017079-84.2011.4.03.0000**, da 5ª Turma. Relatora: Louise Filgueiras, 15 ago. 2011. Boletim IBCCRIM, São Paulo. Ano 19, n.228. Nov. 2011.

SIFUENTES, Mônica Jacqueline. O poder judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas. **Direito e Cidadania**, Praia, Cabo Verde, v. 3, n. 8, p.125-147, nov./fev. 1999/2000.

SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à lei 12.403/11: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória**. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVEIRA, Jorge Noronha e. O conceito de indícios suficientes no processo penal português. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. p.155-181. Coimbra: Almedina, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de processo civil: Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 2 v. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

Tornezeira não impede fugas e RJ suspende uso no regime semiaberto. **G1 Brasil**. São Paulo, 03 abr. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/tornezeira-nao-impede-fugas-e-rj-suspende-uso-no-regime-semi-aberto.html>>. Acesso em: 02 mai. 2013.

VALENTE, Rodolfo de Almeida. As Boas Novidades da Lei 12.403 de 2011. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 199, n. 225. Ago. 2011.

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

VOLPE FILHO, Clovis Alberto; BORGES, Diego da Mota. Descumprimento de medida cautelar e a decretação da prisão preventiva: Análise à luz da homogeneidade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 2011, n. 227. Out. 2011.