

UNILEÃO
CENTRO UNIVERSITÁRIO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FRANCISCO DANILO LOIOLA

**A PRISÃO PREVENTIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS
RESULTANDO EM SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA**

JUAZEIRO DO NORTE - CE
2020

FRANCISCO DANILO LOIOLA

**A PRISÃO PREVENTIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS
RESULTANDO EM SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação
do Centro Universitário Leão Sampaio como requisito para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Francisco Thiago Mendes

JUAZEIRO DO NORTE - CE
2020

FRANCISCO DANILO LOIOLA

**A PRISÃO PREVENTIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS
RESULTANDO EM SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do Centro Universitário Leão Sampaio como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 17/12/2020.

BANCA EXAMINADORA:

FRANCISCO THIAGO MENDES

(Orientador)

RENATO BELO VIANNA VELLOSO

(Examinador)

RAFAELLA DIAS GONÇALVES

(Examinador)

JUAZEIRO DO NORTE - CE
2020

A PRISÃO PREVENTIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS RESULTANDO EM SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Francisco Danilo Loiola¹
Francisco Thiago Mendes²

RESUMO

A prisão preventiva é uma medida cautelar que assegura o bem à ordem pública, em situações que possam existir perigo à integridade da sociedade ou até mesmo à investigação, como prejuízo da colheita de provas ou intimidação de eventuais testemunhas. Deve-se enfatizar que a prisão preventiva é exceção da exceção, devendo ser usada apenas em último caso, respeitando-se todos os requisitos legais. Infelizmente, no Brasil, tal prática é mais corriqueira do que deve, não seguindo seus requisitos obrigatórios, e ferindo vários princípios implícitos, em nosso ordenamento, como os princípios da jurisdicionalidade, da motivação, da legalidade, e o principal deles, o princípio da presunção de inocência, conforme preceitua o art. 5º, inciso LVII: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Tais atos demasiados levam a consequências de uma superlotação carcerária exorbitante, sendo esta a terceira maior do mundo em pesquisa realizada em 2017, dificultando a ressocialização e colocando em perigo a integridade física desses detentos, além de não respeitar o mínimo dos direitos humanos. Este estudo baseia-se em uma pesquisa qualitativa, pois busca descrever e entender a complexidade que se encontra o sistema carcerário nacional devido à sua superlotação, em decorrência desse sistema estabelecer, a princípio, a prisão preventiva aplicada como regra, uma vez que deveria ser empregada como exceção de medida cautelar alternativa. O trabalho também foi realizado pelo viés de pesquisa bibliográfica dos maiores entendedores do assunto no país, a fim de apresentar e formular possíveis soluções de acordo com o entendimento de especialistas da área.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Prisão Preventiva. Superlotação carcerária. Consequências.

ABSTRACT

Preventive detention is a precautionary measure that ensures good to public order, in situations that may endanger the integrity of society or even the investigation, as a prejudice to the collection of evidence or intimidation of eventual witnesses. It should be emphasized that pre-trial detention is the exception to the exception and should only be used as a last resort, respecting all legal requirements. Unfortunately, in Brazil, such a practice is more common than it should be, not following its mandatory requirements, and violating several implicit principles in our order, such as the principles of jurisdiction, motivation, legality, and the main one, the principle of presumption of innocence, as stipulated in art. 5, item LVII: "No one will be found guilty until a convicting criminal sentence is passed". Such too many

¹Discente do curso de Direito da UNILEÃO. Email: danilo.g.loiola@hotmail.com

²Docente do curso de Direito da UNILEÃO. Email: thiagomendes@leaosampaio.edu.br

acts lead to the consequences of an exorbitant prison overcrowding, this being the third largest in the world in research carried out in 2017, making it difficult to re-socialize and endangering the physical integrity of these detainees, in addition to not respecting the minimum of human rights. This study is based on qualitative research, as it seeks to describe and understand the complexity of the national prison system due to its overcrowding, as a result of this system establishing, in principle, preventive detention applied as a rule, since it should be employed as an exception to an alternative precautionary measure. The work was also carried out due to the bibliographic research bias of the greatest experts on the subject in the country, in order to present and formulate possible solutions according to the understanding of specialists in the field.

KEYWORDS: Criminal Law. Preventive imprisonment. Prison overcrowding. Consequences.

1 INTRODUÇÃO

Não é novidade que os sistemas carcerários de todo o mundo são problemas para os governantes dos respectivos países. E no Brasil não é diferente, além da falta de estrutura, os detentos sofrem com a superlotação dentro das penitenciárias.

As medidas cautelares foram instauradas junto ao Código de Processo Penal (CPP) de 1940, meio ao governo Vargas, em que o réu respondia preso ou em liberdade. Em 2011, a Lei 12.403 veio para ampliar os meios às medidas cautelares, colocando a liberdade como regra, e a prisão como exceção, editando assim o CPP, conforme expõe o art. 282, em seus §4º e 6º que arguem sobre a substituição de tais medidas e, em último caso, a decretação da prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

Entretanto, existe uma cultura prisional dentro das autoridades como pessoas, em que dificulta o justo julgamento e a oportunidade da ampla defesa, visto que, em sua maioria, os réus são pobres e não podem arcar com uma fiança, sendo, então, mais cômodo para o magistrado encarcerar o sujeito e tirá-lo das ruas, mesmo que o crime não seja gravoso. (BARBOSA, 2018)

Essa viabilidade está incumbida pela deficiência de investigação que começa desde a denúncia até as diligências. Os indivíduos cujos crimes praticados apresentem um grau de menor teor ofensivo, por muitas vezes, são punidos mais severamente do que aqueles que atentem contra a vida de outrem. Cor e classe social são, infelizmente, dois dos fatores que podem pesar na hora da decisão de um magistrado para decretação da prisão preventiva.

Em pesquisa realizada em 2019, o CNJ aponta que o Brasil possui uma população prisional com mais de 812 mil detentos, em que 41,5% deste número não possuem uma condenação, ou seja, são presos preventivos (BARBIERI, 2019).

A prisão preventiva é decretada quando existente os requisitos do art. 312 do CPP, em que se destacam o *fumus comissi delicti* (ou fumaça da existência de um crime) + indícios de autoria. Porém, a comprovação desses requisitos depende de inquérito à junta de provas que muitas vezes são insuficientes para tal.

Para a decretação de uma prisão preventiva, diante do alto grau de restrição, na esfera individual que ela implica, é necessário que haja um juízo de probabilidade, não sendo suficiente uma mera possibilidade, e a fumaça da existência de um crime não implica em juízo de certeza, mas sim de probabilidade razoável (JÚNIOR, 2011).

Consequentemente, a prisão preventiva aplicada de forma banal desencadeia esses resultados negativos, quando um órgão policial, para acelerar um procedimento, acaba por não exercer corretamente a sua função, jogando o problema para o próximo órgão, o judiciário, colocando o Estado cada vez mais em uma situação difícil por ter que garantir a tutela do detento, que, por sua vez, nem mereceria estar preso.

Todavia, a prisão preventiva deve ser aplicada no último dos casos, respeitando os princípios da legalidade, da presunção de inocência, do contraditório, da excepcionalidade, dentre outros, justamente para garantir a boa condição ao detento, bem como facilitar e auxiliá-lo para sua ressocialização, caso contrário, a medida cautelar aplicada de forma demasiada irá implicar em uma série de consequências negativas, desde a superlotação à violência, contribuindo para que a classe carcerária se torne cada vez mais difícil de retornar à sociedade.

Portanto, os objetivos principais desta pesquisa são analisar os motivos relevantes e os malefícios causados por uma prisão preventiva aplicada inadequadamente, bem como mostrar que no Brasil é aplicada de forma demasiada, verificando tal prática de superlotação nas penitenciárias, dificultando a administração em geral, e, consequentemente, piorando a situação de pessoas que ainda não foram se quer julgadas. Essas situações podem gerar ainda uma dificuldade quanto à ressocialização, pois une bandidos condenados de alta periculosidade com pessoas que praticaram crimes leves, e muitas vezes são até inocentes, porquanto ainda aguardam julgamento. É preciso tentar apontar medidas alternativas e mais eficazes de tratar os presos julgados e não os condenar de forma desproporcional e injusta.

2 METODOLOGIA

Este estudo baseia-se em uma pesquisa qualitativa, pois busca descrever e entender a complexidade que se encontra o sistema carcerário nacional devido à sua superlotação, em decorrência desse sistema estabelecer, a princípio, a prisão preventiva aplicada como regra, uma vez que deveria ser empregada como exceção de medida cautelar alternativa. O trabalho também foi realizado pelo viés de pesquisa bibliográfica dos maiores entendedores do assunto no país, a fim de apresentar e formular possíveis soluções de acordo com o entendimento de especialistas da área. Assim, ao mesmo tempo em que se realiza um diagnóstico de uma determinada ação, propõe ao conjunto de sujeitos envolvidos uma mudança que leve o aprimoramento das práticas analisadas (SEVERINO, 2018).

Os instrumentos, para coleta de dados, serão mediante estudos de pesquisa, observação de processo e análise documental. Enquanto a análise documental investiga informações reais nos documentos a partir de hipóteses de interesses e questões (LUDKE, 1986)

No tocante ao procedimento técnico, configura-se como pesquisa bibliográfica, partindo de pesquisas anteriores em livros, artigos, teses etc., já trabalhados por outros pesquisadores e devidamente registrados (SEVERINO, 2018). Por conseguinte, este estudo foi realizado se baseando por meio de livros, físicos e virtuais, doutrinários, tais como os manuais e cursos de Direito Penal em virtude da situação atual das penitenciárias e de toda problemática no que se refere, principalmente, à prisão preventiva.

Por fim, outro meio de base de dados, que também surgiu como motivação e problemática, foram as frequentes matérias jornalísticas sobre o tema e seus respectivos motivos e soluções.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL

Com a Constituição de 1937 inspirada na Constituição Polonesa com traços e características fascista e autoritária em meio à ditadura Vargas, foi instaurado o Código de Processo Penal de 1941 que, em seu Livro I, Título IX, tratou das medidas cautelares, denominado “DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”. O Estado Novo, nome inspirado na ditadura de Antônio de Oliveira Salazar em Portugal, prolongou-se até 29 de outubro de 1945, quando Getúlio foi deposto pelas Forças Armadas. (KOIFMAN, 2002).

Consagrou-se o que a doutrina chamou de bipolaridade das medidas cautelares, havendo apenas essas duas possibilidades para o acusado, conforme explica (LIMA, 2012, p. 4):

Durante anos e anos, nosso sistema processual penal ofereceu ao magistrado apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: prisão cautelar ou liberdade provisória, lembrando que, antes do advento da Lei nº 12.403/2011, essa medida de contracautela só podia ser concedida àquele que fora anteriormente preso em flagrante. Tem-se aí o que a doutrina denomina de bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Significa dizer que, no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória, seja com a obrigação de comparecer aos atos processuais, na hipótese de liberdade provisória sem fiança, seja mediante o compromisso de comparecer perante a autoridade, todas as vezes que fosse intimado para atos do inquérito, da instrução criminal e para o julgamento, proibição de mudança de residência sem prévia permissão da autoridade processante, e impossibilidade de se ausentar por mais de 8 (oito) dias da residência sem comunicar à autoridade o lugar onde poderia ser encontrado, no caso de liberdade provisória com fiança.

O Título IX do Código de Processo Penal permaneceu inalterado até a Constituição Federal de 1988, que trouxe diversos direitos e garantias, devendo as leis antigas adequarem-se à nova Constituição, tendo em vista o crivo ditador o qual foi criado o referido código. (CARDOSO, 2018).

Diante de tal estrutura da nova Constituição pautada nos direitos individuais, era de grande contraste ao sistema penal inquisitivo advindo do decreto-lei, como explana, em parecer na Comissão Especial (OLIVEIRA, 2009, p. 2):

A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. É essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo. O Código de 1941, anunciava em sua Exposição de Motivos que "...as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatória, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade...". Ora, para além de qualquer debate acerca de suposta identidade de sentido entre garantias e favores, o que foi insinuado no texto que acabamos de transcrever, parece fora de dúvidas que a Constituição da República de 1988 também estabeleceu um seguro catálogo de garantias e direitos individuais (art. 5º)

Para resguardar melhor tais direitos e garantias, surge a Lei nº 12.403/2011, para corrigir o Título IX às disposições constitucionais, orientando sobre a liberdade provisória e a prisão cautelar, ambas do CPP, sendo que esta somente deverá ser aplicada em último caso, e nunca em regra, está expressa no art. 282, §6º c/c art. 282, §4º (BRASIL, 1941). Vejamos:

Art. 282. (...)

(...)

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

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

A medida cautelar não tem como sua finalidade a decretação de culpa, mas sim garantir a eficácia do processo em caso de situação fática de perigo. Contudo, a Lei 12.403, sobre a nova aplicabilidade das medidas cautelares, veio para auxiliar o magistrado no leque de opções sobre tais medidas, para limitar as injustiças praticadas no decorrer dos processos (CHOUKR, 2011). Elas estão expostas no art. 319 do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

É pacífico, hoje, o entendimento de todos doutrinadores e operadores do Direito quanto à aplicação da prisão preventiva e suas medidas cautelares, nunca devendo esquecer o princípio basilar do Código Penal a “Presunção de Inocência” previsto no art. 5º, inciso LVII da Carta Magna deste país, em que caberá ao acusado ter sua liberdade retida apenas nos casos que causem quaisquer riscos à investigação ou à sociedade, orienta (MIRABATE, 2002, p. 356):

Refere-se a qualquer espécie de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, podendo esta se dar em flagrante delito, preventivamente, por sentença de pronúncia, por sentença condenatória recorrível, desde que demonstrado *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, bem como nos casos autorizadores da prisão temporária.

No mesmo âmbito, quanto àquele impingido ao cárcere, o preso provisório é o indivíduo que teve sua locomoção despojada sem sentença penal condenatória transitada em julgado (CAPEZ 2012), ou seja, aquele que espera o julgamento preso, sendo a medida cautelar necessária para atingir a necessidade e a segurança ao Estado para tal processo.

4 DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é a medida cautelar mais severa do ordenamento jurídico penal em vigência no Brasil. Todavia, essa medida deveria ser aplicada tão somente em casos que colocassem em risco a eficácia do direito.

Ordenado pela autoridade judiciária competente, mediante representação de quaisquer interessado, quais sejam autoridade policial ou requerimento do Ministério Público (MP), do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos expostos no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (LIMA, 2012). Vejamos:

Art. 312. (...)

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

Um de seus fatores substanciais para aplicação é que não existe prazo determinado, podendo assim ser entendido por anos sem o devido julgamento. Por isso, acabam sendo comuns condenações com pena menor do que o tempo passado na prisão preventiva, ou pior, é julgado inocente diante das acusações, mas perdeu meses, e às vezes anos preso preventivamente com prejuízos imensuráveis à reputação, sem falar das condições encontradas nas instalações internas penitenciárias.

É por essa razão que a Lei nº 12.403/2011, com o objetivo de democratizar o Código de Processo Penal Brasileiro, previu que a prisão preventiva é a exceção da exceção. Com isso adaptou esse instituto as garantias da Constituição da República de 1.988, dentre outros, pode-se citar o devido processo legal, o princípio da presunção de não culpabilidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, do contraditório e do postulado maior da dignidade da pessoa humana (BARBOSA, 2018).

Esse entendimento de Barbosa (2018) é muito claro, quando se observa o exposto no art. 282, § 4º e 6º do CPP, in litteris:

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

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

Para decretação de toda e qualquer medida cautelar, faz-se necessário que estejam presentes os pressupostos da cautelaridade, no caso da prisão preventiva, os quais constam no art. 312 do CPP. O *fumus commissi delicti* (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria) é extraído da segunda parte deste artigo, já o *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, da ordem econômica, da aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal) da primeira parte do mesmo dispositivo.

Conforme a redação do artigo 312, o CPP supracitado: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Contudo, o art. 313 do Código de Processo Penal nos trouxe condições para ressaltar a excepcionalidade da prisão preventiva enquanto medida cautelar, *in verbis*:

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

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

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

A decretação da prisão preventiva por descumprimento de medida anteriormente aplicada não depende da concorrência de qualquer das hipóteses do art. 313 do CPP, o que possibilita sua aplicação em relação a crimes culposos, e poderá ocorrer em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, contudo, na primeira hipótese (investigação policial), só poderá ser decretada mediante provocação, contudo, se houver requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, ou representação da autoridade policial. (MARCÃO, 2012)

Todavia, o crime deve ser punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; ou o agente ser reincidente em crime doloso; ou se o crime for praticado no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Por fim, será admitido quando o preso não fornecer os elementos necessários para a sua identificação. O que difere da prisão temporária, em que o juiz não pode decretá-la de ofício, uma vez que é uma medida cautelar da fase investigativa, sendo provocada pelo MP ou por autoridade judicial. Em relação aos pressupostos processuais, o *fumus comissi delicti* (indícios suficientes de autoria) é obrigatório um juízo de certeza quanto ao fato e à probabilidade na autoria (LIMA, 2002, p. 255):

Quanto à materialidade delitiva, é necessário que haja prova, isto é, certeza de que o fato existiu, sendo, neste ponto, uma exceção ao regime normal das medidas cautelares, na medida em que, para a caracterização do *fumus boni iuris*, há determinados fatos sobre os quais o juiz deve ter certeza, não bastando a mera probabilidade. Já no tocante à autoria delitiva, não se exige que o juiz tenha certeza desta, bastando que hajam elementos probatórios que permitam afirmar a existência de indício suficiente, isto é, probabilidade de autoria, no momento da decisão, sendo a expressão “indício” utilizada no sentido de prova semiplena.

Aos demais, *periculum libertatis* – garantia da ordem pública e econômica – observa-se a intenção de reiteração do cometimento de infrações penais e reiteração do cometimento de infrações penais contra a ordem econômica, explicando o risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime (LIMA, 2012).

A situação de perigo, decorrente da liberdade acusado, para a instrução processual, efetiva-se quando ele pratica algum ato que atrapalhe o regular andamento da *persecutio criminis*, por exemplo, ameaça testemunhas, destrói documentos, coage agentes persecutórios. Motivos que ensejam a decretação da clausura provisoriamente, para garantir o resultado final do processo.

Para concluir, a prisão preventiva poderá ser decretada para assegurar a lei penal e a sua aplicação, todavia, poderá prejudicar o processo se aplicada de forma equivocada. (LIMA, 2012, p. 266 e 267):

A prisão preventiva com base na garantia de aplicação da lei penal deve ser decretada quando o agente demonstrar que pretende fugir do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena. (...) Os tribunais têm analisado essa intenção de se subtrair à aplicação da lei penal com certo temperamento. Assim, uma ausência momentânea, seja para evitar uma prisão em flagrante, seja para evitar uma prisão decretada arbitrariamente, não caracteriza a hipótese de garantia de aplicação da lei penal. Além disso, não pode justificar uma ordem de prisão a fuga posterior à sua decretação, cuja validade se contesta em juízo: do contrário, seria impor, para questioná-la, o ônus de submeter-se à prisão processual que entende ser ilegal ou abusiva.

5 CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DA PRISÃO PREVENTIVA

Diversos são os prejuízos diante de uma prisão preventiva mal aplicada. Podemos adentrar mais profundamente em dois: a superlotação nas penitenciárias e a união de presos condenados, às vezes de alta periculosidade, junto aos presos preventivos sem condenação que, por sua vez, podem ser inocentes, ocasionando a exposição de recém-detentos com detentos mais experientes, levando o preso mais experiente a “ensinar” técnicas de crime ao

mais recente, ou levá-lo a entrar para uma facção. Em alguns casos, as penitenciárias são chamadas de “escola do crime”. Vale dizer, condutas de pequeno e médio potencial ofensivo não devem ser criminalizadas (outros ramos do direito que as devem tutelar). Deve-se criminalizar, somente, condutas de grave potencial ofensivo – seja mediante a criação de penas desproporcionais ou desarrazoadas. (BOTELHO, 2018).

Neste sentido, aduz César Roberto Bittencourt, 2008, sobre o princípio da intervenção mínima:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela deste bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. (...) Apesar de o princípio da intervenção mínima ter sido consagrado pelo Iluminismo, a partir da Revolução Francesa, “a verdade é que, a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente, a ponto de alarmar os penalistas dos mais diferentes parâmetros culturais”. Os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como de terceiro mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos.

O resultado disso é que temos a maioria da sociedade marginalizada, vivendo em situações de pobreza ou de extrema pobreza, enquanto poucos têm muito, muitos não têm quase nada, o que acaba gerando um ambiente de violência, onde o crime organizado acaba preenchendo o espaço que deveria ser ocupado pelo Estado. (CARDOSO, 2018).

Após a chamada "sentença de pronúncia", quando o juiz decide que um acusado de homicídio deve ser levado a júri popular, a Justiça brasileira demora mais de um ano para realizar o julgamento, aponta estudo encomendado pelo Ministério da Justiça e divulgado em dezembro. (MAGALHÃES, 2015)

Vale frisar que o maior culpado desse sistema segregador é o Poder Judiciário que não consegue garantir os direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal. A maioria de suas decisões são pautadas pelo clamor social e pela mídia, tentando assim, junto à ação dos Poderes Executivo e Legislativo, passar para a sociedade um sentimento de segurança oferecido pelo setor público, o que não é verdade. Tais condutas exacerbadas, na condução de um processo, podem resolver a situação de imediato, com o encarceramento do acusado, mas

traz consequências irreparáveis na vida daquele cidadão, podendo ocasionar um problema futuro e maior para o Estado, além dos custos que o detento tem para os cofres públicos.

Observemos a interessante analogia feita por (BOTELHO, 2018):

A forma como se deu o julgamento de Cristo por Pilatos se repete em nossos dias, ou seja, se o povo quer a condenação, prisão, penas altas, cruéis, degradantes, os órgãos de justiça criminal e em especial o Poder Judiciário, pois cabe a ele dizer o direito com definitividade, logo, tem mais responsabilidade do que os demais, têm virado as costas para a ordem jurídica e, assim, tomam decisões políticas, razão pelo qual temos um caos instalado no sistema prisional e um ambiente de violência cada vez mais crescente na sociedade brasileira.

Os meios de comunicação e a mídia podem hoje, serem considerados um quarto Poder, ficando ao lado do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Presidentes são eleitos ou mesmo afastados por conta da mídia. Criminosos são condenados ou mesmo libertados, dependendo do que venha a ser divulgado e defendido pelos meios de comunicação de massa. Enfim, não se pode negar esse poder. (GRECCO, 2016)

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma “falsa” noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Mesmo com o advento da Lei 12.403/11, que oferece uma maior variedade de medidas cautelares, ressalta a conduta excedente por parte do operador de direito. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva. (JÚNIOR, 2012)

A decretação de uma prisão cautelar é a interferência mais agressiva do Estado na vida e na dignidade do indivíduo, pois, além da segregação em si, o cárcere produz intensa estigmatização social e psicológica. Não se pode, pois, banalizar a prisão preventiva, já que seus efeitos criminógenos, mais que ressocializar o agente, causam profunda desagregação dos valores da pessoa, inserindo-a em um contexto capaz de afetar de maneira definitiva qualquer processo de socialização. (LIMA, 2012)

Por esses motivos que as prisões provisórias acarretam na superlotação do sistema prisional, dificultando qualquer chance de ressocialização, uma das finalidades da pena. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu um estado de coisas inconstitucional, quando apreciou a ADPF 347.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347), julgada inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal em setembro de 2015, é uma ação de controle de constitucionalidade ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, em que foi reconhecido o "estado de coisas inconstitucional" da situação do sistema carcerário brasileiro. O partido argumenta que a situação atroz em que se encontram os presos brasileiros configura uma violação contínua de seus direitos fundamentais e humanos, denotando uma situação fática inconstitucional. A petição inicial foi realizada com base em representação feita pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, coordenada pelo constitucionalista Daniel Sarmiento. Na audiência de julgamento preliminar, o advogado do partido argumentou em sustentação oral que: “Não há, talvez, desde a abolição da escravidão, maior violação de direitos humanos no solo nacional [...] Trata-se da mais grave afronta à Constituição que tem lugar atualmente no país”. Em resposta, o então advogado-geral da União, Luís Inácio Adams, disse que a situação atual não era decorrente dos contingenciamentos, mas sim da ausência de projetos proativos. O relator do processo, o ministro Marco Aurélio, entendeu cabível a reclamação e concedeu inicialmente medida cautelar reconhecendo dois de oito pedidos, sendo posteriormente acompanhado pelos outros ministros. Determinou assim o STF a realização em todo o território nacional das audiências de custódia, e que a União liberasse imediatamente as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, vedando outros contingenciamentos. A decisão foi caracterizada como um exemplo de ativismo judicial e como responsável por criar a figura do estado de coisas inconstitucional na jurisprudência brasileira. O processo ainda se encontra em tramitação. (WIKIPÉDIA, 2015).

O Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando se verifica a existência de uma violação constante e generalizada de direitos fundamentais por irregularidades do governo e autoridades em geral, violando políticas públicas e garantias constitucionais. Os direitos e garantias fundamentais são direitos previstos na Constituição Federal e inerentes à pessoa humana, tais como: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Ainda sobre o tema de superlotação carcerária, uma pesquisa feita em 2014 pela Revista Consultor Jurídico apontou que 37% dos imputados submetidos à prisão provisória não são condenados à prisão, desse total 17% foram absolvidos, e o restante recebeu penas restritivas de direitos e medidas alternativas. A mesma revista trouxe uma nova pesquisa em 2017 sobre essa população carcerária, o Brasil ultrapassa a Rússia, com 726.712 mil presos, e passa a ocupar o 3º (terceiro) lugar no ranking das maiores populações carcerárias do mundo. A porcentagem de presos provisórios é de cerca de 40% (que ainda não

têm condenação judicial) e ainda revela que metade desse contingente carcerário é de jovens entre 18 a 29 anos, e 64% desses presos são negros, o que mostra a ilegalidade das prisões aplicadas na maioria dos casos. É importante ressaltar que as duas pesquisas foram feitas após a Lei 12.403/2011 com maior diversidade de medidas cautelares, mesmo assim o número de prisões preventivas continuou crescendo. (CANÁRIO, 2014).

6 ALTERNATIVAS À PRISÃO CAUTELAR

A resolução elaborada na Assembleia Geral das Nações Unidas de N^a 45/110, de 14.12.1990, definiu sobre sua natureza: a) a prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais; b) as medidas substitutivas da prisão preventiva serão utilizadas sempre que possível; c) a prisão preventiva não deve durar mais do que o necessário para atingir os objetivos enunciados e deve ser administrada com humanidade e respeitando a dignidade da pessoa; d) o delinquente tem o direito de recorrer, em caso de prisão preventiva, para uma autoridade judiciária ou para qualquer outra autoridade independente.

Tais como as medidas diversas, algumas já estão previstas em nosso ordenamento no art. 319 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

I – apresentação semanal em local determinado;

II – proibição, sem autorização judicial, de ausentar-se:

a) Da comarca, ou seção judiciária, por mais de oito dias;

b) Do País;

c) Da residência, salvo para exercer as funções relativas ao trabalho.”

As outras estão descritas no art. 320:

“No caso de crime contra a fé pública, contra a administração pública, a ordem tributária, a ordem econômica, as relações de consumo ou contra o sistema financeiro, será facultado ao juiz impor, também, as seguintes medidas:

I – afastamento do exercício da função pública;

II – impedimento de participar, direta ou indiretamente, de licitação pública, ou de contrato com a administração pública direta, indireta ou fundacional, e com empresas públicas e sociedades de economia mista.”

6.1 LEI 12.403/2011 - DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Busca-se superar distorções produzidas no Código de Processo Penal com reformas sucessivas, uma vez que desconfiguraram o sistema, a fim de que possa ajustá-lo às exigências constitucionais e colocá-lo em consonância com as modernas legislações estrangeiras como as de Itália e de Portugal. (GRINOVER, 2000)

Sua maior finalidade é que o acusado não sofra por antecipação, devendo sempre ressaltar o princípio da presunção de inocência, logo, o suposto infrator é inocente durante o processo e seu estado só se modificará com a declaração de culpado por sentença. Em resumo, a nova legislação traz diversas opções ao magistrado para aplicar outra medida cautelar, sendo a prisão preventiva a última delas.

Sendo objetivo, o que a referida legislação quer é a melhor aplicabilidade da lei penal brasileira, buscando alternativas à privação da liberdade, visto que o caráter de ressocialização só logrará êxito quando os preceitos fundamentais forem efetivamente respeitados, porquanto que a sociedade assistiu, no decorrer do tempo, ao recrudescimento da violência, pois, a segregação apenas distanciou mais aqueles que sempre estiveram distantes das oportunidades. (OLIVEIRA, 2009).

Se aplicada da forma correta, deverão ser revisados mais de 200.000 (duzentos mil) casos em todo Brasil, cabendo ao magistrado fazer várias análises, não sendo possível nenhuma outra medida para permanecer preso.

Opina sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci:

Sentimos falta de uma modernização efetiva do processo, o que somente poderia ser feito pela revisão global do Código de Processo Penal, editado nos anos 40. Quanto tempo ainda havemos de aguardar até que se chegue à conclusão, no Poder Legislativo, de que a impunidade reinante no Brasil resvala em regras processuais arcaicas e retrógradas em vários sentidos?

As medidas alternativas à prisão são encontradas no Art, 319, conforme citado anteriormente, quais sejam 1) comparecimento periódico em juízo; 2) proibição de acesso ou de frequentar determinados lugares; 3) proibição de manter contato com determinadas pessoas; 4) proibição de ausentar-se da Comarca, necessária para a investigação ou instrução; 5) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; 6) suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica; 7) internação provisória 8) fiança; 9) monitoração eletrônica (tornozeleira). (BRASIL 2011)

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exposto neste artigo visou apresentar a maneira que a prisão preventiva é usada de forma demasiada, trazendo vários tipos de prejuízo ao Estado e à sociedade brasileira. As prisões ferem os direitos fundamentais dos acusados que perdem a sua oportunidade de ampla defesa quando são condicionados a um regime fechado de forma injusta, uma vez que, para o Estado, é muito mais simples prender o indivíduo do que o julgar de forma justa, respeitando os princípios da Carta Maior.

A ressocialização ou a falta dela é só um dos prejuízos que tais condutas praticadas pelo Estado podem trazer. O acusado que é preso e jogado com outros detentos de alta periculosidade tende muito a virar reincidente no delito praticado, como também a novos delitos.

Porém, o prejuízo mais notório e expressivo refere-se à superlotação carcerária que as penitenciárias sofrem com o alto número de prisões preventivas decretadas pelo Poder Judiciário. Cada detento tem um custo caro para o governo, e quanto mais se prende, mais se gasta, e nada diminui na violência. Números alarmantes, como 800.000 pessoas, compõem a classe encarcerada do Brasil atualmente, sendo que 40% estão presos preventivamente aguardando julgamento, chegando ao ranking de 3º lugar no mundo.

Tudo isso dificulta todo o processo reparador que a reclusão deveria ter. As penitenciárias brasileiras sofrem com falta de estrutura e lotação, ferindo todos os princípios que o Estado deveria resguardar a todos seus cidadãos.

E como principal culpado aparece o Judiciário que não consegue aplicar um julgamento justo, talvez pela grande demanda que lhe é extraída. Como solução principal, seria um empenho maior de todos os poderes, uma vez que já existe legislação pertinente na forma da Lei 12.403/2011, desmistificando a cultura do cárcere implementado pelo Código de Processo Penal de 1941, respeitando os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação.** 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj->

[registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml](#). Acesso em 06 de abril de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Volume 1: parte geral. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOTELHO, Jefferson. **A banalização da prisão preventiva e seus reflexos na superlotação carcerária**. 2018. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/64984/a-banalizacao-da-prisao-preventiva-e-seus-reflexos-na-superlotacao-carceraria>. Acesso em: 05 de abril de 2020

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Dispõe sobre o regimento do processo penal brasileiro em vigência. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 05 abril 2020.

BRASIL. **Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória; Lei Nº 12.403 de 4 de maio de 2011** Dispõe sobre relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2011/lei/112403.htm

CANÁRIO, Pedro. **37% dos réus submetidos a prisão provisória não são condenados à prisão. Conjur**, 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/37-submetidos-prisao-provisoria-nao-sao-condenados-prisao>. Acesso em: 05 de abril de 2020.

CAPES, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 328

CARDOSO, Dioni. **A banalização da prisão preventiva e seus reflexos na superlotação carcerária**. 2018. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/64984/a-banalizacao-da-prisao-preventiva-e-seus-reflexos-na-superlotacao-carceraria>. Acesso em: 05 de abril de 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas Cautelares e Prisão Processual: comentários à lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 21.

FERREIRA, Luciene Braz. **A técnica de observação em estudos**. Rio de Janeiro, 2012.

GRECCO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. Volume 1; Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Reforma do Código de Processo Penal**. RBCCRIM, nº 31, 2000.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KOIFMAN, Fábio. **Presidentes do Brasil (de Deodoro a FHC)**. Rio de Janeiro, RIO, 2002, p. 174.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

LÜDKE, M.; ANDRÉ, M.E.D.A. **Pesquisa em educação: abordagens qualitativas**. São Paulo, EPU, 1986.

MAGALHÃES, Álvaro. **Justiça brasileira demora mais de um ano para levar réu por homicídio a julgamento**. **Portal R7**, 2015. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/justica-brasileira-demora-mais-de-um-ano-para-levar-reu-por-homicidio-a-julgamento-aponta-estudo-04012015>. Acesso em 05 de abril 2020.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini Mirabete. **Código de Processo Penal Interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 365.

NUCCI, Guilherme. **O porquê de tantas prisões cautelares no Brasil**. **Conjur**, 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-out-13/guilherme-nucci-tantas-prisoas-cautelares-brasil> Acesso em 05 de abril de 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli.. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 05 de abril de 2020.

SEVERINO, Antônio J. **Metodologia do trabalho científico**. 24. ed. São Paulo: Cortez, 2018.