



Universidade de Brasília

ALANA MICAELLE CAVALCANTE CARVALHO

10/0023738

A PRISÃO PREVENTIVA EM CONFLITO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Análise crítica de julgados do STF e do STJ

Brasília/DF

2015

ALANA MICAELLE CAVALCANTE CARVALHO

A PRISÃO PREVENTIVA EM CONFLITO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Análise crítica de julgados do STF e do STJ

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

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

Brasília, 17 de junho de 2015.

ALANA MICAELLE CAVALCANTE CARVALHO

A PRISÃO PREVENTIVA EM CONFLITO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Análise crítica de julgados do STF e do STJ

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

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

Aprovada em _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Costa Neto
(Orientador – Presidente)

Prof^a. Mestre Neide Aparecida Ribeiro
(Membro)

Mestre Rafael de Deus Garcia
(Membro)

Mestrando Rafael Fonseca
(Suplente)

AGRADECIMENTOS

Após cinco anos e meio, minha jornada como estudante de graduação chega ao fim repleta de boas lembranças e do sentimento que não poderia ser outro senão o de gratidão. É chegado o momento de seguir em frente, traçando novos caminhos para dar vida a outros sonhos, agradecendo a todos aqueles que, de alguma maneira, contribuíram para que eu fizesse esse itinerário.

A Deus, protetor maior, reservando-me sempre um caminho abençoado e conforto interior.

Aos meus pais, por tudo, mas especialmente por valorizarem a educação e a cultura como os bens mais valiosos, ensinando-me a nunca desistir e me estimulando sempre a sonhar alto e a perseguir os meus sonhos. Obrigada por serem meus primeiros professores. Ao meu pai, agradeço também por ser o primeiro crítico deste texto, e de tantos outros ao longo da graduação.

Aos meus irmãos, pela companhia certa e prazerosa, por deixarem tudo mais leve e descontraído, e por serem os melhores interlocutores para debates aleatórios.

Às amigas e aos amigos queridos, sejam os da vida universitária ou os de longa data, por se fazerem presentes em todos os momentos, tornando esses últimos anos mais felizes e memoráveis.

Ao Carlos, pelo incentivo, ânimo, as palavras de conforto e por se fazer presente sempre.

Ao projeto Universitários vão à escola (UVE), pela oportunidade de tornar-me extensionista, o crescimento pessoal, o despertar do meu interesse pela educação transformadora e por transformar a minha própria educação. Mas, principalmente, pelas crianças, pelo carinho que não pede nada em troca e por todo aprendizado que me proporcionaram.

Às inúmeras pessoas que conheci durante os estágios de que participei, especialmente o último, na Procuradoria Geral da República, pelo carinho e por ensejar o meu interesse por desenvolver esta pesquisa sobre prisão preventiva.

Ao meu orientador, Professor Doutor João Costa Neto, pela atenção, disponibilidade e contribuições para o desenvolvimento deste trabalho.

Ao Gabriel Miranda Ribeiro e ao Rafael Garcia, pelas sugestões de leitura, que muito contribuíram para esta monografia.

Aos demais familiares e colegas, por torcerem por mim e por compartilharem comigo a felicidade pelo fim desta etapa.

À Universidade de Brasília, por tudo o que ela me proporcionou de maravilhoso ao longo da graduação: a extensão, o Projeto de iniciação científica (PIBIC), o intercâmbio, os professores que expandiram meus horizontes acadêmicos, as leituras que levo para a vida e a oportunidade de rever meus conceitos, entre muitos outros exemplos. Saio da UnB com a certeza de que ela não sairá de mim.

RESUMO

Este trabalho pretende analisar a prisão preventiva, considerando suas hipóteses aplicação segundo a legislação brasileira, bem como os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar pedidos de revogação do decreto de prisão preventiva, *vis-à-vis* os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal. A análise será centrada no argumento de necessidade de garantia da ordem pública, no que se refere ao risco de reiteração delitiva, nas hipóteses de periculosidade do agente – revelada pelo *modus operandi* da conduta –, acusado com ações penais em curso e, no caso do crime de tráfico de drogas, a elevada quantidade de droga apreendida. A definição teórica da prisão preventiva, não considerada como punição, também é analisada nesta monografia, em contraposição à realidade enfrentada pelos acusados na prisão, nos âmbitos físico, temporal e social, como uma antecipação de pena àqueles submetidos à prisão preventiva.

Palavras-chave: prisão preventiva, direitos fundamentais, garantia da ordem pública, pena, estigma.

ABSTRACT

This paper intends to analyze pre-trial detention, from the possibilities of its application according to Brazilian Law, to the fundamental rights guaranteed by Constitution, as well as the arguments used by Supremo Tribunal Federal and Superior Tribunal de Justiça when judging requests on the annulment of pre-trial detentions. The analysis is centered on the argument of guaranteeing the public order, when it comes to the risk of the accused committing other crimes, in cases of dangerous behavior of the accused – noticed through the *modus operandi* of the practice –, when the accused is being processed for others crimes and, regarding to the crime of drug trafficking, the high amount of drugs seized. The theoretical definition of pre-trial detention, not considered as a punishment, is also analyzed on this paper, being contrasted with the reality dealt by the accused when in prison, in physical, chronological and social aspects, representing an anticipation of punishment to those submitted to pre-trial detention.

Key-words: pre-trial detention, fundamental rights, guarantee of the public order, penalty, stigma.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 COMPREENDENDO A PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL	11
2.1 A PRISÃO CAUTELAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	11
2.2 A DEFINIÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR.....	13
2.3 A APLICAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL	15
2.4 O CARÁTER DA PRISÃO PREVENTIVA	16
2.5 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PRISÃO CAUTELAR.....	18
2.6 O RETRATO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL	20
3.0 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA	23
3.1 A CUSTÓDIA PREVENTIVA COM BASE NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	23
3.2 ANÁLISE DE ACÓRDÃOS DO STJ E STF	25
3.2.1 Necessidade de garantia da ordem pública e <i>modus operandi</i> da conduta	25
3.2.2 Necessidade de garantia da ordem pública e processos penais em curso	31
3.2.3 Necessidade de garantia da ordem pública e tráfico de drogas	34
3.3 A ARGUMENTAÇÃO ACERCA DA NECESSIDADE DE PRISÃO PREVENTIVA NO CASO CONCRETO.....	38
4.0 A PRISÃO PREVENTIVA COMO PENA	43
4.1 O CÁRCERE COMO PENA	43
4.2 O TEMPO COMO PENA	46
4.3 O ESTIGMA COMO PENA	49
5.0 CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	58

1 INTRODUÇÃO

A aplicação do instituto da prisão preventiva no Direito brasileiro guarda em si controvérsias que merecem um exame crítico mais acurado, para compreender a disparidade entre o que prevê a legislação penal e sua aplicação prática. A mera leitura dos dispositivos legais que versam sobre a prisão preventiva não possibilita conhecer a totalidade das situações em que o instrumento cautelar é utilizado e as condições a que os acusados são submetidos ao serem presos preventivamente.

Este trabalho tem como objetivos fazer uma reflexão acerca da aplicação do instituto da prisão preventiva, tanto em relação à pertinência da decretação de custódia preventiva com base na necessidade de garantia da ordem pública quanto à oposição entre o caráter teórico da prisão preventiva, que é o de prisão meramente processual, não punitiva, e os aspectos punitivos que adquire na prática.

Para tanto, faz-se uma análise do instituto da prisão preventiva como uma das modalidades de prisão cautelar, a mais abrangente delas, avaliando de que modo ela vem sendo tratada na legislação brasileira, os princípios constitucionais que devem nortear sua aplicação e as estatísticas acerca do número de presos preventivos no Brasil.

Para realizar essa análise, não há como ignorar o modo como a legislação específica vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário. Assim, o recorte escolhido para este trabalho consistiu de uma revisão teórica sobre o tema e do exame de acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgados nos últimos anos.

Ambos os tribunais, dada sua importância e hierarquia, são instâncias formadoras de paradigmas usados como fontes de interpretação de preceitos legais no embasamento de decisões de instâncias inferiores. Em vista disso, o STF e o STJ foram selecionados para a análise jurisprudencial.

Dentro do argumento de necessidade de garantia da ordem pública, várias são as hipóteses que o STF e o STJ entendem cabíveis para manutenção da custódia preventiva. Entre elas, optou-se por destacar a do risco de reiteração delitiva por parte do acusado como parâmetro para a seleção de acórdãos realizada.

Tal risco pode ser presumido, no entendimento desses tribunais, com base em diferentes elementos da conduta típica. Para os fins deste trabalho, foram selecionados acórdãos relevantes que tratam dos seguintes desdobramentos desse risco: a periculosidade do agente, revelada pelo *modus operandi* da conduta típica; o fato de o acusado ostentar processos penais em curso em

sua ficha criminal e, no caso do delito de tráfico de drogas, a elevada quantidade de droga apreendida em posse do acusado.

A seleção dos acórdãos analisados neste trabalho priorizou aqueles cujo entendimento pareceu divergir da fundamentação expressa pelos próprios tribunais em questão em outros julgados, além de destoar da concepção de que a custódia preventiva constitui medida extrema e subsidiária, sendo de aplicação restrita.

Partindo da análise dos acórdãos selecionados, faz-se uma reflexão crítica acerca da efetividade do caráter estritamente cautelar que a legislação confere à prisão preventiva. Questiona-se sua efetividade em virtude de esse caráter cautelar se contrapor ao entendimento do STF e STJ de que argumentos que fogem à necessidade de assegurar a persecução penal – pretendendo garantir segurança pública – são cabíveis para embasar a custódia preventiva, avaliando-se quais seriam as consequências disso.

Outro aspecto muito relevante no que concerne à prisão preventiva se trata do caráter processual, não punitivo, da custódia. Neste trabalho, faz-se uma análise acerca das condições a que os acusados são submetidos ao terem sua prisão preventiva decretada. A crítica compreende três âmbitos: físico, relativo à presença do preso preventivo no cárcere; temporal, concernente tanto ao tempo em que ele permaneceu preso quanto às oportunidades que ele perdeu em virtude disso; e social, relacionado à visão estigmatizante que a sociedade tem do indivíduo submetido à prisão decorrente do processo penal.

Pretende-se com essa análise compreender, sob a perspectiva do acusado, as diferenças que existem entre a teorização da prisão preventiva como não punitiva e a realidade enfrentada pelos presos preventivos na prática, que se aproxima daquela vivida pelos presos já condenados.

Ressaltam-se também algumas medidas que poderiam diminuir o número de decretação de prisão preventiva já contempladas na própria legislação penal vigente, como a aplicação das medidas alternativas à prisão, a busca por uma maior eficiência do Poder Judiciário e a efetivação do dispositivo legal que proíbe que presos preventivos e condenados dividam o mesmo espaço carcerário.

2 COMPREENDENDO A PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL

2.1 A PRISÃO CAUTELAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito tem como elementos constitutivos os direitos fundamentais¹, apoiando-se principalmente nos pilares de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana². A liberdade, portanto, é pressuposto para a existência do Estado Democrático de Direito, de modo que negar ou fragilizar a prestação da garantia às liberdades individuais, cerceando-as, faz do Estado um ente autoritário. Por isso, no Estado Democrático de Direito, a existência e a efetividade de mecanismos de garantia dos direitos individuais, que assegurem a proteção do indivíduo contra arbitrariedades do Estado ou de terceiros, constitui valor fundante na conformação desse modelo de organização política.

Isso advém de um longo processo histórico, que se consagrou com o constitucionalismo liberal do século XIX³, como ecos das Constituições da França e dos Estados Unidos. Nele, ainda que todos os direitos fundamentais sejam importantes, prevalece o valor de liberdade⁴. Quanto mais o Estado se afasta desse valor, mais ele se distancia do próprio Estado de Direito.

No Século XX, consolidou-se entre os países, inclusive o Brasil, com a Constituição Federal de 1988, o social-liberalismo⁵, que busca um equilíbrio entre liberdades individuais e direitos sociais. Nesse contexto, o postulado da dignidade da pessoa humana "significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País", conforme o Supremo Tribunal Federal⁶, tem papel central, por ser resultado de uma conquista que ganhou força no último século, oposta a situações de agressão à dignidade humana, como escravidão, tortura e miséria, como afirma LUIZ ALBERTO DAVID JÚNIOR⁷.

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 290

² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 112

³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional: atualizada até a EC nº 53/06*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 101.

⁵ MIGUEL REALE define o modelo de social-liberalismo como a busca por conjugar a livre iniciativa com os imperativos da justiça social, tendo o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, o resultado da convergência entre a herança liberal e a socialista. REALE, Miguel. *Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 2. Edição. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 39.

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. 4ª edição. Brasília, STF, 2011, p. 23, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>, acessado em 12 de maio de 2015, às 17h.

⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 133.

Diante de tamanhas conquistas em termos de direitos individuais, questiona-se: pode haver limitação à liberdade, pilar do Estado democrático de Direito? Pode o Estado afetar a dignidade da pessoa humana? Sob que hipótese isso seria justificável?

O debate é complexo. A prisão cautelar constitui-se como medida extrema de cerceamento da liberdade individual pelo Estado, por implicar a custódia de uma pessoa protegida pela presunção de inocência sem que tenha havido o trânsito em julgado no curso do processo penal. Como tal, a aplicação desse instituto não poderia ocorrer sem críticas.

À primeira vista, a prisão cautelar parece estar em conflito com os princípios da liberdade, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, garantidos constitucionalmente. Para que a prisão cautelar possa coexistir com tais princípios, faz-se necessário que o magistrado faça uma rigorosa avaliação das hipóteses cabíveis para sua aplicação, observando, no exame caso a caso, o respeito aos direitos fundamentais do indiciado ou do réu.

ODONE SANGUINÉ esclarece que a prisão cautelar pode ser legitimada apenas se seus pressupostos forem avaliados dentro dos parâmetros normativos estabelecidos pela Constituição e por Convenções Internacionais, pois a garantia aos direitos fundamentais presente nesses documentos jurídicos atua como limitador da aplicação da custódia cautelar⁸.

A Constituição Federal limita o uso indiscriminado da prisão cautelar garantindo, em seu art. 5º, inciso LXI, que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) também se posiciona acerca do tema. Firmada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, seus arts. 7º e 8º estabelecem que "[n]inguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários", e que "[t]oda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

A prisão cautelar é medida extrema, que configura uma tentativa de transferir a responsabilidade sobre o risco de ineficácia da condenação – que deveria ser do Estado –, para

⁸ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 121.

o acusado⁹, pois cerceia sua liberdade em nome da garantia do bom andamento do processo penal, com base em hipóteses estabelecidas em lei processual, cuja legitimidade merece exame crítico mais acurado.

2.2 A DEFINIÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR

Toda prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença é considerada cautelar, devido ao seu caráter de instrumentalidade, para assegurar interesses específicos da ordem pública¹⁰. Segundo EUGÊNIO PACELLI, prisões dessa natureza devem ser consideradas prisão provisória¹¹, por não se tratar de prisão-pena, também chamada prisão definitiva.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê três hipóteses de prisão antes do trânsito em julgado da condenação. São elas o flagrante delito, a prisão preventiva e a prisão temporária. Tais institutos são chamados prisões processuais, sendo também provisórios e cautelares¹².

A prisão temporária está disciplinada na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Sua finalidade é assegurar o andamento das investigações do inquérito policial. Tem prazo máximo de cinco dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. No caso de crimes hediondos, o prazo é de 30 dias, prorrogáveis nas mesmas condições dos demais, conforme dispõe a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

A prisão em flagrante, por sua vez, representa a detenção do agente que está cometendo a infração penal, acaba de cometê-la ou é perseguido em situação que faça presumir ser o autor da infração. O auto de prisão em flagrante deve ser encaminhado ao juiz em até 24 horas, devendo o magistrado avaliar, em decisão fundamentada, a necessidade ou não de conversão da prisão em flagrante em preventiva¹³.

⁹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 5.

¹⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de processo penal*. 12. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 431.

¹¹ *Idem*, p. 431.

¹² Há uma divergência doutrinária acerca da classificação das prisões temporária e em flagrante como cautelares. AURY LOPES JR. e LUIGI FERRAJOLI entendem que a prisão em flagrante deve ser considerada pré cautelar, por não ser submetida a controle jurisdicional prévio. ODONE SANGUINÉ, por sua vez, também inclui a prisão temporária entre as medidas pré cautelares, dado que, caso persista a situação de cautela após o fim de seu prazo, a prisão temporária deverá necessariamente ser substituída por preventiva. Este trabalho será filiado à maioria dos doutrinadores, como EUGÊNIO PACELLI, FERNANDO CAPEZ e TOURINHO FILHO, cujo entendimento é o expresso acima.

¹³ Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm, acessado em 12/4/2015, às 17h.

A custódia preventiva representa o instituto mais abrangente de prisão cautelar, podendo ser decretada de modo independente, não possuindo prazo definido para seu término. Ademais, seus critérios de aplicação são requisitos também para as outras modalidades de prisões cautelares¹⁴. Sobre a custódia preventiva, assim define TOURINHO FILHO:

É aquela medida restritiva de liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal. [...] toda e qualquer prisão que anteceda à decisão definitiva do Juiz é medida drástica, ou, como dizia Bento de Faria, uma injustiça necessária do Estado contra o indivíduo e, portanto, deve ser reservada para casos excepcionais. Embora seja necessária, não é menor a necessidade de ser ela restringida, limitando-se aos casos indispensáveis, pelo mal irreparável que causa àqueles declarados inocentes no final da instrução.¹⁵

Um dos pressupostos para a aplicação da prisão cautelar é o *fumus commissi delicti*, que, conforme esclarece AURY LOPES JR., representa a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria. Outro requisito é o do *periculum libertatis*, o perigo decorrente da liberdade do acusado¹⁶. Sem a presença de ambos os pressupostos, a aplicação da custódia cautelar não deve ser aplicada.

A prisão preventiva apenas pode ser decretada caso as medidas cautelares alternativas não sejam cabíveis no caso concreto. A prisão preventiva poderá ser decretada para proteger os fins da fase de investigação criminal e também da fase processual do processo penal, podendo, conseqüentemente, ser decretada inclusive após sentença penal recorrível, desde que haja motivação para tanto. O juiz pode decretar a prisão preventiva de ofício, e podem requerê-la o Ministério Público; o querelante; o assistente ou por representação da autoridade policial, como dispõe o art. 311 do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP).

A prisão preventiva pode ser decretada: de modo autônomo e independente, em qualquer fase da investigação ou do processo; a partir da conversão da prisão em flagrante em custódia preventiva, quando não forem suficientes as medidas cautelares alternativas; por fim, em

¹⁴ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 106.

¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 14ª ed. Volume III. Ed. ABDJ, 1999, p. 677.

¹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 616.

substituição a medida cautelar descumprida. Em todas as hipóteses, nota-se o princípio da excepcionalidade¹⁷, que está subentendido no § 6º do art. 282 do CPP¹⁸.

A medida é cabível nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; se o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; 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. 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. É o que dispõe o art. 313 do referido Código.

A associação das possibilidades de aplicação da prisão cautelar previstas legalmente e do entendimento dado por magistrados e Tribunais a partir da análise do caso concreto resultam nas hipóteses em que a prisão cautelar é aplicada no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 A APLICAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL

A prisão cautelar é admitida como medida interventiva necessária não apenas no Brasil, mas em todos os ordenamentos jurídicos¹⁹, variando as situações em que esse instituto é aplicável, havendo maior ou menor rigor da lei em face do princípio da presunção de inocência.

Esse instituto é utilizado desde a Antiguidade Clássica, mas isso não significa um consenso em torno de sua aplicação ao longo dos séculos. Um período bastante crítico com relação à custódia preventiva foi durante o Iluminismo, cujos pensadores condenavam sua aplicação, reafirmando o princípio "*nulla pena, nulla culpa sine iudicio*"²⁰.

No Brasil, a prisão cautelar já constava na primeira Constituição brasileira, de 1824, com a seguinte redação: Art. 179, incisos VIII e X: "VIII – Ninguém poderá ser preso sem culpa

¹⁷ O princípio da excepcionalidade pressupõe que a custódia preventiva será o último instrumento a ser utilizado, reforçando a necessidade de se analisar a adequação e suficiência das demais medidas cautelares, alternativas à prisão. *Idem*, p. 624.

¹⁸ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 106.

¹⁹ *Idem*, p. 1.

²⁰ Traduzido como *Não há pena sem processo*. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 443.

formada, exceto nos casos declarados na Lei; [...] X – À exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita de autoridade legítima [...]"²¹.

Com a proclamação da República, o Decreto de nº 2.110, de 30 de Setembro de 1909, traz em seu art. 27 que:

Art. 27 A prisão preventiva é autorizada de acordo com a legislação vigente.

§1º Nos crimes inafiançáveis quando se apurar no processo que o indiciado:

a) É vagabundo, sem profissão lícita e domicílio certo;

b) Já cumpriu pena por efeito de sentença do tribunal competente²².

A redação original dos arts. 312 e 596 do CPP, entre outros, reflete um caráter de presunção de culpabilidade do acusado, como afirma EUGÊNIO PACELLI, pois dispunha que, quando a infração imputada ao réu tivesse pena máxima cominada igual ou superior a oito anos, deveria ser decretada a prisão preventiva, obrigatoriamente e sem necessidade de qualquer fundamento. Já o antigo art. 596 determinava a manutenção do réu no cárcere, mesmo após a sua absolvição em primeira instância, se o crime imputado tivesse pena máxima cominada igual ou superior a dez anos.²³

O CPP, em seu art. 282, § 6º, com a redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, assevera que "A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar", enquanto o art. 283, incluído por essa Lei, trata:

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

Tal artigo se baseia na garantia à liberdade dos judicialmente inocentes, com ressalvas à prisão em flagrante, preventiva e temporária, conforme a Constituição Federal de 1988 assegura em seu art. 5º, inciso LXI.

2.4 O CARÁTER DA PRISÃO PREVENTIVA

²¹ PINTO, Antônio José Azevedo. *A prisão cautelar no Brasil: aspectos constitucionais e processuais penais*. São Paulo: Ed. Liber Juris, 1998, p. 7.

²² *Idem*, p. 7.

²³ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de processo penal*. 12. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pag. 439.

O conceito de prisão abarca duas modalidades possíveis: a prisão pena (ou prisão-sanção), que decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado, e a prisão sem pena, que não advém de condenação²⁴.

A prisão pena é uma sanção imposta pelo Estado ao indivíduo que foi julgado culpado por uma infração penal, de modo a isolá-lo do convívio social como retribuição ao dano praticado contra a sociedade, com o objetivo de reintegrar a ordem jurídica que foi abalada pelo delito cometido²⁵.

A prisão sem pena, ao contrário, não é motivada pela sentença condenatória transitada em julgado, como é o caso da prisão cautelar. Há várias espécies de prisão sem pena, mas, para os fins deste trabalho, a discussão será centrada na prisão cautelar. Ela é classificada como prisão processual, por ser motivada por uma finalidade processual penal. Assim, a prisão sem pena é uma execução cautelar de natureza pessoal justificada como medida essencial para garantir o cumprimento da lei penal²⁶.

Comparando-se ambas as definições, observa-se que há uma preocupação em ressaltar que a prisão processual, incluída a prisão preventiva, não constitui uma prisão pena, porque não advém de sentença condenatória transitada em julgado e nem representa uma retribuição pelo dano praticado, uma vez que a decretação da custódia cautelar é anterior ao julgamento do acusado.

Defensores da ideia de que a prisão preventiva não possui caráter punitivo partem da premissa de validade dessa distinção teórica para refutar a crítica de que a prisão cautelar feriria os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, em virtude de privar de liberdade um indivíduo juridicamente inocente. Seus defensores alegam que o caráter da prisão preventiva é apenas acautelatório, não punitivo, e, portanto, todos esses direitos fundamentais do acusado estariam resguardados.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 14ª ed. Volume III. Ed. ABDR, 1999, p. 374.

²⁵ *Idem*, p. 374.

²⁶ *Idem*, p. 381.

2.5 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PRISÃO CAUTELAR

Considerando o caráter extremo e subsidiário da prisão cautelar, a aplicação dessa medida em consonância com a ordem jurídica vigente, em especial com os preceitos garantistas da Constituição, implica restringi-la a situações em que não há medidas alternativas adequadas. Além da limitação normativa, discutida anteriormente, o Direito também se apoia em uma limitação de natureza principiológica para restringir o uso da prisão preventiva.

Entre os princípios balizadores da prisão cautelar, ressalta-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade, o princípio da proporcionalidade e o princípio da presunção de inocência.

O princípio da dignidade da pessoa humana deriva-se diretamente da percepção jurídica de que o ser humano contém um valor intrínseco, conformadora de uma dignidade que deve ser protegida e considerada pelo Estado, devendo, nas palavras de INGO SARLET²⁷, "constituir meta permanente do Estado, do Direito e da humanidade." Segundo esse autor, esse princípio não possui um conceito universalmente válido, mas pode ser definido como²⁸

Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres integrantes da rede da vida.²⁹

ALEXANDRE DE MORAES ressalta que a dignidade da pessoa humana representa um mínimo a ser assegurado por todos os estatutos jurídicos, sendo as limitações passíveis de afetar esse direito fundamental de caráter excepcional, e resguardando-se a necessária estima que merecem todos os indivíduos³⁰.

A dignidade da pessoa humana é, ao mesmo tempo, limite e tarefa dos poderes estatais, o que ressalta os âmbitos defensivo e prestacional da dignidade. Enquanto limite, ela impede

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 9, janeiro a junho 2007, p. 378.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 63.

²⁹ *Idem*, p. 63.

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001, pag. 22.

que a pessoa seja reduzida à condição de objeto e gera direitos fundamentais contra atos que a violem ou ameacem, como a aplicação da custódia preventiva fora das hipóteses estabelecidas legalmente. Da dignidade enquanto tarefa se originam deveres concretos de tutela pelo Estado, que deve proteger a dignidade dos cidadãos tendo como norteador a Constituição Federal e impedindo os abusos que ocorrem na aplicação da custódia cautelar³¹.

Há uma relação intrínseca entre dignidade da pessoa humana e liberdade, pois a liberdade e seu reconhecimento representam uma das principais dimensões da dignidade da pessoa humana³². Em face desse aspecto, questiona-se se a prisão preventiva, por restringir a liberdade do indivíduo, representaria uma violação ilegítima da dignidade da pessoa humana.

É preciso considerar, porém, que dignidade humana, em seu âmbito individual, pode ser restringida em prol da garantia dos direitos fundamentais coletivos. É o que defende INGO SARLET. Segundo esse autor, justifica-se uma restrição aos direitos subjetivos individuais pelo interesse comunitário, possibilitando uma limitação dos direitos fundamentais individuais, desde que respeitada a essência destes e desde que não se estabeleça uma subordinação dos direitos individuais em relação aos coletivos³³.

Para que se respeite a essência do princípio da dignidade humana individualista, é necessário encontrar um equilíbrio entre a necessidade de proteger os interesses coletivos – no caso, o de que o processo penal seja concluído – e a de garantir os direitos individuais, como a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Quem garante esse equilíbrio é o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade atua de modo a evitar que o Estado atinja um direito fundamental em demasia, violando-o. Seu campo de atuação é na proibição de excesso, como um forte limitador à restrição dos direitos fundamentais³⁴, ao mesmo tempo em que assegura que o objetivo ensejador da necessidade de limitação de direitos fundamentais individuais seja alcançado. Esse princípio deriva da essência dos direitos fundamentais individuais, que apenas

³¹ *Idem*, p. 378.

³² *Idem*, p. 379.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade e direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, 2004, p. 71.

³⁴ *Idem*, p. 73.

podem ser restringidos pelo Poder Público caso isso seja imprescindível para a proteção de direitos fundamentais coletivos³⁵.

No caso da prisão preventiva, esse princípio tem por objetivo equilibrar a oposição entre liberdade, dignidade da pessoa humana e presunção de inocência e a necessidade de o indivíduo ser preso preventivamente, em nome do bom andamento do processo penal.

O princípio da presunção de inocência tem uma incidência direta no exame da possibilidade de aplicação da prisão preventiva, pois independentemente de estarem sendo submetidos a um procedimento penal, os indivíduos não condenados são protegidos por esse princípio³⁶.

A prisão preventiva representa uma restrição à liberdade do indivíduo protegido pela presunção de inocência. Isso, por si só, não torna a aplicação da custódia cautelar inconstitucional, pois, segundo DWORKIN³⁷, qualquer lei representa uma restrição à liberdade, mas a proteção dos indivíduos contra tal restrição cabe apenas nos casos de violações graves ou fundamentais à liberdade. O argumento de inconstitucionalidade deve ser alegado somente nesses casos, não cabendo ao Estado impor legislações que violem direitos fundamentais apenas em nome do interesse coletivo³⁸.

Em vista disso, é necessário avaliar a gravidade da imposição de custódia preventiva a um acusado, analisando, no caso concreto, se as circunstâncias permitem que seja decretada uma medida extrema sem que isso represente uma violação à essência dos direitos fundamentais do indivíduo.

2.6 O RETRATO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou em junho de 2014 um levantamento acerca da população carcerária brasileira, intitulado "Novo diagnóstico de pessoas presas no

³⁵SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 623.

³⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.(Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.533.

³⁷ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 415.

³⁸ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 415.

Brasil"³⁹. Os dados disponibilizados permitem conhecer o perfil dos presos no País, que, segundo o relatório, somam 711.463 pessoas. Essa estatística faz do Brasil o terceiro país em número de população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e da China.

O último relatório disponibilizado pelo CNJ inovou ao incluir os presos domiciliares entre os presos brasileiros, pois as estatísticas anteriores não consideravam esses números. Isso provocou uma alteração na porcentagem de presos cautelares no país: caso não houvesse a alteração, estes representariam 41% da população carcerária. Considerando os novos elementos, os apenados que cumprem prisão cautelar – tratados no relatório como presos provisórios – representam 32% da população carcerária brasileira. Em alguns Estados, porém, a porcentagem é muito mais elevada, como no Amazonas, com mais de 74%⁴⁰.

Como dito, até 2013 não havia contabilização do número de presos domiciliares. Portanto, para que seja possível uma comparação entre os dados, será considerado o número total de presos excluindo aqueles em regime domiciliar, totalizando 563.526 presos. Em 2000, a população carcerária brasileira era de 232.755 presos e, em 2010, de 496.251⁴¹. Evidencia-se, portanto, que, em quinze anos, o número total de encarcerados no Brasil mais que dobrou. Entre 1990 e 2010, o número de presos definitivos cresceu 278%, enquanto o de presos provisórios aumentou 1.253%, passando de 16.200 a 220.886 presos.⁴²

E qual o perfil do encarcerado brasileiro? Conhecê-los é importante para compreender que extrato da população, majoritariamente, é alvo das medidas penais aplicadas no Brasil, inclusive da prisão cautelar.

Segundo dados referentes a 2010, divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional no Sistema integrado de informação penitenciária (Infopen)⁴³, os jovens são maioria no sistema penal brasileiro: 31% entre 18 e 24 anos, e 27% entre 25 e 29 anos. Mais da metade dos presos, 51,8%, cometeram crimes contra o patrimônio, e o maior percentual do tempo de pena a cumprir

³⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. 2014. http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf, acessado em 18/03/2015, às 15h30.

⁴⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados das inspeções nos estabelecimentos penais*. 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php, acessado em 18/3/2015, às 10h.

⁴¹ CARDOSO, Gabriela Ribeiro; MONTEIRO, Felipe Mattos. *A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária – um debate oportuno*. Civitas, Porto Alegre, v. 13, n. 1, 2013, p. 93-117.

⁴² MACEDO, Natália. *Sistema penitenciário brasileiro. Evolução da população carcerária (1990-Outubro 2010)*. Instituto de Pesquisa e Cultura LFG. 2011. Dados disponíveis em: http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceosp/pesquisa/PESQUISA_LFG_SISTEMA_PENITENCIARIO.pdf, acessado em 18/3/2015, às 11h.

⁴³ CARDOSO, Gabriela Ribeiro; MONTEIRO, Felipe Mattos. *A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária – um debate oportuno*. Civitas, Porto Alegre, v. 13, n. 1, 2013, p. 93-117.

está entre 4 a 8 anos, de 29%. A maioria, 59%, cursou apenas até o ensino fundamental, e 60% têm pele negra.

3 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA

3.1 A CUSTÓDIA PREVENTIVA COM BASE NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

O CPP estabelece que a prisão preventiva deve ser embasada na necessidade de 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.

A lei elenca critérios genéricos suscetíveis de justificar a aplicação de custódia preventiva, cabendo ao magistrado aplicá-los ao caso concreto. Uma dificuldade de aplicar o instituto da prisão cautelar dentro dos parâmetros de excepcionalidade que a lei exige é a abstração de alguns conceitos legais utilizados.

A expressão "garantia da ordem pública", por exemplo, é criticada pela doutrina por sua amplitude conceitual. TOURINHO FILHO afirma que "ordem pública é expressão de conceito indeterminado, por demais fluida, sem qualquer consistência"⁴⁴. SANGUINÉ assevera que "a cláusula da ordem pública constitui uma expressão porosa, apta a absorver qualquer situação de crise"⁴⁵.

GOMES FILHO, por sua vez, entende que o dever de o magistrado fundamentar suas decisões é dificultado pelo uso da expressão "garantia da ordem pública" pelo legislador, "cujo conteúdo fortemente emotivo pode propiciar a ruptura dos padrões de legalidade e certeza jurídica, fundamentais na matéria examinada, autorizando os juízes a formular definições puramente persuasivas, que encobrem juízos de valor"⁴⁶. A abstração do texto legal pode causar insegurança jurídica, caso não haja, na jurisprudência, limitação de seu uso no caso concreto, bem como uma definição mais clara do conceito de ordem pública por parte da doutrina.

Ainda que se deparando com tais dificuldades, nos últimos anos, a jurisprudência do STF e do STJ parece indicar interpretação mais restritiva das hipóteses de aplicação da custódia preventiva, para evitar o uso indiscriminado desse instituto. Tal interpretação aponta para o

⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 14ª ed. Volume III. Ed. ABDR, 1999, p. 681.

⁴⁵ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 285.

⁴⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 224.

entendimento de que a fundamentação da prisão preventiva não deve se basear em circunstâncias genéricas e impessoais, ou na gravidade abstrata do delito⁴⁷.

Ademais, o STF e o STJ passaram a considerar não serem cabíveis alguns dos argumentos antes admitidos em nome da necessidade de garantia da ordem pública, tais como a gravidade abstrata do delito; o clamor público; a preservação da credibilidade das instituições e a afirmação abstrata de periculosidade do réu, como nos casos de crimes hediondos⁴⁸.

Um argumento considerado cabível pelo STF e STJ para justificar a necessidade de garantia da ordem é o risco de reiteração delitiva por parte do acusado. Tal risco não está expresso na legislação brasileira, porém é aceito como um elemento inerente à necessidade de garantir a ordem pública.

O risco de reiteração delitiva se evidenciaria em virtude da reincidência do acusado, sua participação em associação criminosa ou sua alta periculosidade. Tais elementos justificariam a medida extrema de prisão preventiva, segundo o entendimento do STF, acompanhado pelo STJ:

Inexiste, no caso, flagrante ilegalidade ou abuso de poder a justificar eventual concessão da ordem de ofício, sobretudo porque, se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam a periculosidade do agente ou risco de reiteração delitiva está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria (RHC 123.295/PE, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 24/3/2015; HC 122.894/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 12/8/2014; HC 112.783/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 8/10/2013).

Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Contexto, esse, revelador da conduta supostamente protagonizada pelo paciente no bojo de organização criminosa especializada no tráfico internacional de substâncias entorpecentes e do sério perigo de reiteração na prática delitiva. (RHC 119.392/GO, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 29/10/2013; HC 99.676/SP, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe de 23/3/2010).

⁴⁷ Precedentes STF: HC 121.006/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 21/10/2014; HC 115.613/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 13/8/2014; HC 121.286/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 30/5/2014; HC 121.250/SE; Precedentes STJ: RHC 55.825/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 19/3/2015; HC 297.081/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 12/3/2015.

⁴⁸ Precedentes STF: HC 115.613/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 13/8/2014; HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/12/2012; HC 92.751/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 9/8/2011; Precedentes STJ: HC 281.226/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 15/5/2014; RHC 44.824/MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe de 12/2/2015.

A seguir, será analisada a fundamentação de alguns acórdãos que tratam de prisão preventiva justificada na garantia da ordem pública, em diferentes desdobramentos.

3.2 ANÁLISE DE ACÓRDÃOS DO STF E STJ

3.2.1 Necessidade de garantia da ordem pública e *modus operandi* da conduta

No julgamento do *habeas corpus* nº 124.035/MG pelo STF, cujo acórdão foi publicado em 24/2/2015, utilizou-se o argumento de necessidade de garantia da ordem pública para justificar a prisão preventiva imposta. O possível abalo à ordem pública foi associado à periculosidade do agente, que se evidenciaria a partir do *modus operandi* da conduta praticada.

O paciente foi acusado pela prática, em tese, do delito de roubo qualificado, previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Ao indeferir o pleito do paciente de recorrer em liberdade, o Ministro Gilmar Mendes destacou o *modus operandi* da conduta, assim argumentando:

Observo que a manutenção da preventiva tomou como motivação maior a necessidade de resguardar a ordem pública, considerado o *modus operandi* do crime perpetrado pelo paciente (agente que, em concurso com indivíduo não identificado e mediante violência exercida com emprego de arma de fogo, teria roubado uma motocicleta, dois aparelhos de telefone celular e o capacete da vítima), demonstrando, desse modo, sua periculosidade à tranquilidade do meio social. (HC nº 124.035/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 24/2/2015)⁴⁹

Observa-se na argumentação apresentada que a necessidade da prisão preventiva se justificou pela periculosidade concreta do agente. Os elementos apontados pelo relator como evidências de tal periculosidade, entretanto, relacionam-se às qualificadoras do tipo penal de roubo, não contendo nenhuma circunstância não prevista no art. 157, § 2º, incisos I e II.

Como consta no HC 97.688/MG, julgado pelo STF, publicado em 27/10/2009, "quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública" (HC 97.688/MG, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe de 27/10/2009).

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7981300>, acessado em 25/2/2015, às 14h.

Não é o que ocorre no caso analisado: ambos os elementos apresentados como justificativa para a periculosidade do agente – concurso de pessoas e uso de arma de fogo – são circunstâncias do crime já previstas no delito pelo qual o paciente está sendo acusado. Não se sobressai, no relato do caso, um *modus operandi* cujas características extrapolem a violência já prevista no tipo penal do roubo em concurso de agentes e uso de arma de fogo.

O *modus operandi* da conduta foi utilizado como único argumento para embasar a necessidade de custódia preventiva, não havendo qualquer referência a outros aspectos, como a reincidência ou risco concreto de fuga. Usar uma simples alusão às circunstâncias do delito como justificativa para decretar a prisão preventiva rompe com a lógica da argumentação associada ao caso concreto, uma vez que tais aspectos não se restringem ao caso analisado e a outros similares, porém a uma conduta geral de roubo em concurso de agentes e uso de arma de fogo.

SANGUINÉ critica o uso das circunstâncias do crime como critério para decretação da custódia preventiva. Segundo esse autor, as circunstâncias do crime constituem "possivelmente o conceito mais vago e indefinido, na medida em que deixa maior margem ao arbítrio judicial"⁵⁰. E, da ambiguidade de seu uso, poderiam ser depreendidas duas conclusões: que só poderiam ser consideradas circunstâncias que, direta ou indiretamente, façam presumível que o imputado tente se esquivar da justiça, cometer novos delitos ou obstruir as investigações; e que o *modus operandi* do delito pressupõe especial violência, brutalidade ou outros aspectos anormais da conduta, que remetam a uma concreta personalidade do acusado associada à periculosidade⁵¹.

O caso em análise não preenche nenhum dos limites inferidos pelo doutrinador: o uso de arma de fogo em concurso de agentes não indica tentativa de se esquivar da ação penal, cometer outros crimes ou criar obstáculos às investigações, bem como não revela extrema violência, uma vez que o comportamento praticado corresponde à conduta prevista no art. 157, § 2º, incisos I e II.

A argumentação do acórdão analisado é contrária ao entendimento manifestado pelo STF em outros acórdãos, segundo o qual a prisão preventiva não deve basear-se nas qualificadoras do crime, como apontado na ementa do HC 115.794/SP:

⁵⁰ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 378

⁵¹ *Idem*, p. 378

[...] o *decisum* de primeiro grau não demonstrou elementos fáticos concretos para justificar a prisão preventiva para garantia da ordem pública, não valendo para tanto a invocação do *modus operandi* que se confunde com os elementos da qualificadora do motivo fútil – disparo de arma de fogo em razão da cobrança de uma conta –, válida tão somente para exacerbar a pena, e não como fundamento da prisão cautelar. (HC 115.794/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 21/10/2014).

Caso fosse válido o uso de qualificadoras do tipo penal como justificativa para a custódia cautelar, seria cabível decretar a prisão preventiva para todos os acusados que cometessem delitos qualificados, o que se mostra desarrazoado e contrário ao caráter de excepcionalidade da prisão preventiva.

Igualmente, já houve decisão do STF tratando que a periculosidade presumida dos réus não representa argumento idôneo para embasar a prisão preventiva, como exposto no HC 84.311/SP: "É ilegal o decreto de prisão preventiva que se funda na periculosidade presumida do réu." (HC 84.311/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe de 3/4/2007).

O STJ, no julgamento de caso semelhante, o HC 295.515/SP, de 2/2/2015, adotou entendimento convergente ao do STF ora analisado. O paciente estava sendo acusado pela suposta prática do delito de roubo majorado, tipificado nos arts. 157, §2º, inciso II, combinado com o art. 14, inciso II, por duas vezes, ambos do Código Penal, por tentar subtrair um veículo e os bens nele contidos. Assim é relatado o caso e a justificativa para a necessidade da prisão preventiva:

Na hipótese a r. decisão impugnada está fundamentada nos seguintes termos, *verbis*: "[...] As vítimas reconheceram o indiciado e narraram que haviam acabado de estacionar o veículo em que estavam, quando perceberam três indivíduos suspeitos se aproximarem. O indiciado chegou mais perto, enquanto os outros dois ficaram lhe dando cobertura. A princípio ele perguntou as horas e, em seguida, anunciou o assalto, exibindo uma arma sob as vestes. As vítimas saíram correndo, tendo o indiciado sido detido por policiais civis, confessando sua conduta criminosa formalmente, justificando a manutenção da prisão. Outrossim estão presentes nos autos os indícios da materialidade e da autoria criminosa imputada ao acusado, como presentes estão os requisitos informadores da manutenção da custódia cautelar, sobretudo presente o risco à ordem pública na hipótese de concessão da liberdade provisória ao custodiado, evidenciado pela gravidade da imputação, bem como em virtude de sua repercussão social. Garantia da ordem pública, porque se imputa ao acusado a prática de crime extremamente grave. Conveniência da instrução criminal, porque o acusado, se denunciado, deverá ser citado e comparecer ao ato processual, daí a necessidade da sua presença física em audiência de instrução, até para fins de eventual reconhecimento pessoal, na busca da verdade real, nada garantindo que, em liberdade, permanecerá no distrito da culpa, daí o requisito da segurança na aplicação da lei penal. [...] Nesses termos, converto a prisão em flagrante em prisão

preventiva". (HC 295.515/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 2/2/2015)

O relator do caso, Ministro Felix Fischer, cujo voto foi vencido, entendeu que, na descrição do *modus operandi* da conduta, a decisão limitou-se a ressaltar as elementares do crime de roubo, sem indicar de maneira concreta o motivo para a segregação cautelar, tal como ocorreu no julgamento do HC 124.035/MG pelo STF, supracitado. O Ministro também frisou que a gravidade em abstrato do delito não autoriza a decretação de custódia preventiva.

O entendimento vitorioso, entretanto, foi outro. O Ministro Jorge Mussi divergiu do relator, argumentando que o uso de simulacro de arma de fogo facilitou a execução do crime e que o acusado se encontrava em superioridade numérica, acompanhado de dois agentes, o que seria suficiente para concluir pela periculosidade social do acusado, pois estaria evidenciada a maior reprovabilidade das condutas que lhe são imputadas, devido ao modo como ocorreram.

No entendimento do Ministro Jorge Mussi: "determinados tipos de crimes, como o que ora se examina, permitem que da simples prática delitiva se infira o perigo à ordem pública, ou seja, o *periculum libertatis* exigido para a preventiva".

Tanto o STJ quanto o STF entendem, porém, que uma fundamentação da custódia preventiva baseada apenas na gravidade em abstrato do delito é inidônea, por ser genérica e dissociada do caso concreto, não sendo possível inferir um *periculum libertatis* apenas a partir do tipo de crime praticado⁵².

O relator parece adiantar-se à crítica de que tal afirmação seria uma ofensa ao entendimento de que a argumentação baseada na gravidade abstrata do delito é inidônea, asseverando que

Não se trata de presumir a periculosidade do autor do crime, ou mesmo a probabilidade de prática de novas infrações, a partir de meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta [...], mas de avaliar a periculosidade exigida para a imposição da medida cautelar constrictiva pela própria forma como o delito foi praticado, ou seja, em razão do *modus operandi* empregado pelo autor na sua execução.

Apesar dessa tentativa, infere-se, na fundamentação apresentada, que a periculosidade seria intrínseca ao delito de roubo majorado, pela conduta adotada ao praticar esse tipo de crime.

⁵² Precedentes: RHC 123.871, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 5/3/2015; HC 121.006, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 21/10/2014; HC 121.286, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 3/5/2014; HC 113.945, Rel. Min. Teori Zavaski, Segunda Turma, DJe de 12/11/2013; HC 115.613, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 13/8/2014.

Tal visão é contrária ao entendimento de que não é cabível a argumentação com base na gravidade em abstrato do delito e o de que não é possível presumir a periculosidade do agente.

Ademais, em seu voto, o Ministro entende como bem fundamentada a decisão em primeira instância, repleta de presunções sem demonstração de base concreta, como a repercussão social do crime – que não deve interferir na necessidade de medidas acautelatórias –, e a conveniência da instrução criminal, sem apresentar quaisquer elementos que indiquem a intenção do acusado de criar obstáculos à instrução ou fugir, revelando uma argumentação permeada por juízos de valor, como criticou GOMES FILHO⁵³.

Semelhante argumentação é apresentada em outro julgado do STF, que também trata do delito de roubo majorado. O relator se limitou a afirmar que a Corte considera idônea a prisão preventiva decretada com base na periculosidade do agente e a reproduzir a decisão do juízo de origem, que assim assevera:

O crime foi cometido com grave ameaça, eis que, segundo elementos trazidos aos autos, os acusados utilizaram-se de arma de fogo para a prática do delito. Ademais, consoante se depreende dos termos de declarações das vítimas, estas reconheceram os flagrados como sendo autores do crime. Assim, o *modus operandi* dos agentes denota periculosidade e traduz o *periculum libertatis* [...]" (HC 114.498/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 04/12/2012)⁵⁴.

Tem-se, ainda, outros julgados que apontam no mesmo sentido de justificar a necessidade da prisão preventiva em casos de roubo majorado baseando-se na periculosidade do agente sem, entretanto, apresentar elementos que demonstrem extrema violência⁵⁵.

Nos acórdãos ora analisados, observa-se uma argumentação genérica, baseada nas circunstâncias do crime de roubo majorado, dissociada do caso concreto, apoiando-se na gravidade abstrata do delito e na periculosidade presumida do réu, argumentos já rechaçados na jurisprudência do STF e do STJ, conforme exemplificado, pois em nenhum dos casos foi

⁵³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 224.

⁵⁴ O outro argumento utilizado pelo relator para embasar a prisão preventiva, o de que o acusado ostentava ações penais em curso, será analisado na próxima subseção deste trabalho. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3216062>, acessado em 17/4/2015, às 14h

⁵⁵ Ag. Reg. No RHC 124.772/SP do STF, Rel. Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 3/3/2015; HC 302.209/SP do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 22/8/2014; HC 309.537/SP do STJ, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 12/11/2014; RHC 53.329/CE do STJ, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 4/11/2014; RHC 52.559/MG do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 10/10/2014; HC 310.252/SP do STJ, Rel. Min. Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Quinta Turma, DJe de 21/11/2014; RHC 54.674/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 15/12/2014.

executada uma conduta de modo anormal ao *modus operandi* já previsto para o delito de roubo majorado.

Além dos argumentos já analisados, a própria suposição acerca da periculosidade do indivíduo é bastante criticada pela doutrina. O acusado é protegido pela presunção de inocência e, conseqüentemente, sua periculosidade apenas pode ser comprovada ou negada após o término do processo, tendo em vista que a avaliação acerca do grau de perigo que um indivíduo representa para a sociedade pode apenas ser realizada partindo do pressuposto de que ele foi o responsável pelo crime⁵⁶. Assim, uma suposição de periculosidade do indivíduo que não provém de provas equivale a uma presunção de culpabilidade do acusado⁵⁷.

Tal suposição poderia, inclusive, no entender de SANGUINÉ, comprometer o direito à defesa de que goza o acusado, pois a prisão preventiva seria baseada em uma análise acerca da periculosidade do indivíduo⁵⁸ e este, apesar de juridicamente inocente, participaria do processo já tendo sido considerado um perigo para a sociedade.

Em última análise, a prisão preventiva aplicada nos casos de periculosidade do réu – sob a alegação de resguardar a ordem pública – adquiriria um papel de garantir a segurança da população, pois tem como objetivo evitar a reiteração delitiva. Para FERRAJOLI, a perversão mais grave do instituto da prisão preventiva foi a sua transformação, a partir de um instrumento exclusivamente processual, para elemento de prevenção e defesa social, para impedir que o acusado, tido como perigoso, cometa crimes⁵⁹. Não se pode inferir, entretanto, uma relação entre periculosidade do agente e risco de cometimento de novos crimes⁶⁰.

Assim, tem-se que, no caso analisado, não foram apresentados indícios suficientes para demonstrar que o *modus operandi* da conduta evidenciaria uma maior periculosidade do réu e, ainda que isso tivesse ocorrido, esse não seria um argumento idôneo para embasar a necessidade de custódia preventiva, pois não é possível inferir que há maior probabilidade de reiteração delitiva quando o réu é perigoso.

⁵⁶ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 369.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 444.

⁵⁸ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 378.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 444.

⁶⁰ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 379.

3.2.2 Necessidade de garantia da ordem pública e processos penais em curso

No julgamento do Recurso em *habeas corpus* nº 55.365/CE, pelo STJ, de 6/4/2015, o paciente – acusado pela prática, em tese, do delito de estelionato, tipificado no art. 171, *caput*, do Código Penal –, teve a necessidade de sua prisão preventiva justificada no risco de reiteração delitiva. Isso porque responde a dois processos penais por delitos de mesma natureza, e outro pelo crime de roubo.

Apesar de o réu ser tecnicamente primário, visto que não houve condenação em nenhum dos processos, o Ministro Jorge Mussi considerou não ser necessário o trânsito em julgado das ações penais para configurar o risco concreto de reiteração delitiva, assim expressando seu entendimento:

Diversamente do que ocorre na hipótese de majoração de pena-base, para autorizar a custódia cautelar requer-se apenas a demonstração do constante envolvimento do réu em fatos criminosos, aptos a indicar que, solto, voltará a delinquir, não havendo que se falar, portanto, em necessidade de condenações transitadas em julgado para que reste configurada a periculosidade do agente, baseada na reiteração criminosa, seguindo precedentes desta Quinta Turma. (RHC 55.365/CE, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 9/1/2015).

A doutrina debruça-se sobre a conciliação entre o princípio da presunção de inocência e a legitimidade da prisão preventiva, buscando um equilíbrio para aspectos aparentemente antagônicos. Nesse sentido, SANGUINÉ questiona se, diante dos excessos na aplicação da custódia preventiva, o princípio da presunção de inocência não se tornou meramente um mito⁶¹.

Ao considerar inquéritos policiais e ações penais em curso como elementos justificadores da prisão preventiva, o princípio da presunção de inocência é duplamente transformado em mito: parte-se do pressuposto de que o acusado, juridicamente inocente, cometeu os delitos de que está sendo acusado, e, em virtude desse cometimento – que ainda não foi comprovado – representa um risco à sociedade, pois poderá cometer outros delitos, e deve ter sua prisão preventiva decretada⁶².

É temerário que a custódia preventiva, medida que deve ser utilizada apenas em casos de extrema necessidade, como determina a lei, seja baseada apenas em indícios, tanto de cometimento de delitos anteriores quanto de ameaça à população. SANGUINÉ esclarece que a presunção de inocência não proíbe a decretação da custódia preventiva, mas exerce influência

⁶¹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 186

⁶² WEDY, Miguel. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 164

para o estabelecimento de precisos limites para justificar sua aplicação⁶³. Não seria a desnecessidade de condenação transitada em julgado uma transposição desses limites?

Não há consenso acerca da questão. No julgamento do HC 105.556/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o STF entendeu que sim, conforme consta:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, estabeleceu que a mera sujeição de alguém a simples investigações policiais ou a perseguições criminais ainda em curso não basta, por si só – ante a inexistência de ação penal transitada em julgado –, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes ou, então, para legitimar a imposição de sanções mais gravosas, como a decretação de prisão cautelar, ou a denegação de benefícios de ordem legal. [...] Desse modo, torna-se inquestionável que somente a condenação transitada em julgado pode justificar a adoção, contra o indiciado, réu ou sentenciado, de medidas restritivas de direitos, inclusive no âmbito processual, pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se a presunção *juris tantum* de inocência do réu, que passa, então, a ostentar o *status* jurídico-penal de condenado, com todas as consequências daí decorrentes. (HC 105.556, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 7/12/2010).

A presunção de inocência funciona no processo penal como uma presunção *iuris tantum*, cujos efeitos perduram até que haja uma prova no sentido da certeza jurídica da culpabilidade⁶⁴. Como, nos casos acima, não houve prova que confirmasse a culpabilidade necessária para afastar o princípio da presunção de inocência, não seria cabível partir de um pressuposto de culpabilidade para trazer consequências prejudiciais ao acusado.

Como esclarece PACELLI, o princípio da presunção de inocência impõe ao Poder Público a observância de uma regra específica de tratamento com relação ao acusado, segundo a qual o réu não pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação⁶⁵, que é o que ocorre no presente caso.

Apesar disso, no julgamento do HC 114.498/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o STF apresentou a necessidade de garantia da ordem pública pela existência de processos em curso como um dos argumentos hábeis a justificar a negação do direito de o agente apelar em liberdade. O paciente fora condenado pela prática do delito de roubo duplamente majorado, art. 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal.

⁶³ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 188.

⁶⁴ *Idem*, p. 190-191.

⁶⁵ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de processo penal*. 12. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pag. 65

O outro argumento utilizado para justificativa a prisão preventiva foi o da periculosidade do agente, com argumentação analisada na subseção anterior. Centrando-nos na argumentação de possibilidade concreta de reiteração delitiva, o relator foi sucinto, asseverando: "soma-se, também, a concreta possibilidade de reiteração da conduta delitiva, fato hábil a justificar a segregação cautelar, considerando constar nos autos que o paciente responde processo pela prática de latrocínio na comarca de Gravataí." (HC 114.498/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 04/12/2012).

AUGUSTO THOMPSON critica o uso da valoração dos antecedentes criminais antes da condenação do acusado. No seu entendimento, condições pessoais do agente deveriam ter reflexo apenas no cálculo da dosimetria da pena, em respeito ao princípio da presunção de inocência. Quando os maus antecedentes criminais são utilizados como justificativa para a prisão preventiva, adota-se um conceito de primariedade que extrapola o estabelecido em lei, cujo critério de definição se baseia no trânsito em julgado da sentença condenatória⁶⁶. Apesar disso, o entendimento de que processos penais sem condenação são elemento suficiente para justificar a necessidade da prisão preventiva já foi expresso em outros julgados⁶⁷.

O argumento de risco de reiteração delitiva, por si só, também é alvo de críticas. Além da crítica de que tal fundamento não serviria como medida acautelatória, porém de segurança pública – explicitada na subseção anterior e aqui igualmente cabível –, há também o argumento de que a possibilidade de reiteração delitiva não poderia ser utilizada para embasar a prisão preventiva, por não estar prevista em lei.

Ainda que muitos doutrinadores entendam que a possibilidade de reiteração delitiva possa ser inferida no argumento de necessidade de garantia da ordem pública e na jurisprudência brasileira constem diversas decisões nesse sentido⁶⁸, LOPES JR. afirma ser essa inferência uma manipulação discursiva, articulada para abranger uma possibilidade não abarcada no texto legal⁶⁹. Em seu entendimento, sendo a prisão preventiva medida extrema, não

⁶⁶ THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?*, 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 91

⁶⁷ HC 122.370/SP do STF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 19/8/2014; RHC 118.407/DF do STF, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 4/2/2014; HC 306.158/SP do STJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 6/10/2014; HC 299.267/SP do STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 25/11/2014; RHC 48.638/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 14/10/2014; AgRg no HC 270.618, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 27/5/2014.

⁶⁸ "a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos" (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 03/06/2005).

⁶⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 625.

é prudente que a jurisprudência adote uma interpretação extensiva da lei, incluindo hipóteses não previstas expressamente, sob o risco de uma aplicação desmedida desse instituto.

LOPES JR. ainda aponta para o risco do mau uso da valoração das condições pessoais do acusado, o que poderia representar um retrocesso ao direito penal do autor⁷⁰, associando o desvalor de seus antecedentes à necessidade de uma medida cautelar extrema. Ele entende que tal instrumento, independentemente do trânsito em julgado de ações anteriores, seria aplicado apenas por adeptos do discurso punitivo e resistentes às medidas alternativas à custódia cautelar⁷¹. Como afirma NEREU GIACOMOLLI, "o processo e o julgamento não devem se fundar no que o autor foi ou é (direito penal de autor), mas numa situação fática determinada (direito penal do fato)"⁷².

Em vista disso, considerando a ofensa ao princípio da presunção de inocência, o caráter não acautelatório da prisão preventiva neste caso, o fato de que o argumento do risco de reiteração delitiva não estar elencado nas hipóteses cabíveis de aplicação da prisão preventiva e também o argumento de garantia da ordem pública, pode-se considerar que a decretação de custódia preventiva sob esses argumentos não esteja condizente com a ordem constitucional.

3.2.3 Necessidade de garantia da ordem pública e tráfico de drogas

Nos delitos de tráfico de drogas, ainda que haja outros motivos ensejadores de custódia preventiva, uma das causas mais comuns é a quantidade de droga apreendida sob posse do acusado, pois, no entendimento do STF e do STJ, uma elevada quantidade de entorpecentes seria suficiente para justificar a necessidade de custódia preventiva.

Argumentação dessa natureza foi apresentada no julgamento do RHC 54.515/SP⁷³, de relatoria do Ministro Felix Fischer, em que o agente estava sendo acusado de ter cometido o

⁷⁰ No Direito Penal de autor – teoria da escola positivista, que teve como maior expoente Cesare Lombroso –, o delito se associa diretamente a características principalmente biológicas e hereditárias, e também traços psicológicos do autor e pelo contexto social em que ele se insere. BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. 1ª edição. Buenos Aires; Siglo XXI Editores Argentina, 2004, págs. 31-32.

⁷¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 626.

⁷² GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao art. 5º, LVII. In :CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.(Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.535.

⁷³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44227040&num_registro=201403271526&data=20150223&tipo=91&formato=PDF, acessado em 16/4/2015, às 20h.

delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que se refere ao tráfico de entorpecentes.

O pleito de revogação da custódia preventiva foi indeferido sob o argumento de necessidade de garantia da ordem pública, em virtude da periculosidade concreta do agente, que estaria evidenciada pelo local onde o acusado foi preso em flagrante e pela elevada quantidade de droga apreendida. O STJ pacificou entendimento no sentido de que a periculosidade do agente e o risco social da conduta, compreendidas a natureza e a quantidade da droga traficada, são argumentos hábeis a justificar a custódia cautelar⁷⁴.

No caso analisado, o acusado fora preso em flagrante em um ponto de traficância de drogas, e a quantidade da droga apreendida era de 24 *ependorfs* (pequenos tubos de plástico) de cocaína, totalizando 19,8 gramas. Segundo o Ministro, em sua breve argumentação, ambos os aspectos citados revelam um maior desvalor da conduta praticada, justificando a necessidade de manutenção da custódia preventiva.

No acórdão do HC nº 104.339/SP, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, publicado em 10/5/2012⁷⁵, o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória" constante no *caput* do art. 44 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que teve como consequência a vedação à concessão de liberdade provisória para os acusados pelo delito de tráfico de entorpecentes.

O STF entendeu que a vedação abstrata à concessão de liberdade provisória contida na Lei nº 11.343, de 2006, é incompatível com o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal, por retirar do juiz a possibilidade de avaliar, no caso concreto, a efetiva necessidade da medida cautelar, tornando-a uma antecipação de pena ao acusado, o que vai de encontro à Constituição.

Por conseguinte, desde então é necessário que os magistrados fundamentem concretamente a decisão acerca da necessidade de prisão preventiva dos acusados de tráfico de entorpecentes. Apesar disso, nota-se que ainda faltam parâmetros claros para definir as situações concretas em que a necessidade da prisão preventiva estaria justificada, o que leva muitos acórdãos a apresentarem uma argumentação genérica, associada a elementos necessários

⁷⁴ Precedentes: HC nº 291125/BA, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 3/6/2014; AgRg no RHC n. 45009/MS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 27/5/2014; HC n. 287055/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJe 23/5/2014.

⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>, acessado em 20/4/2015, às 10h.

à existência do delito de tráfico de entorpecentes, que não indicam maior gravidade concreta da conduta.

É o que se observa no acórdão ora analisado. Uma das justificativas apresentadas pelo STJ foi a de que o acusado se encontrava em conhecido ponto de traficância, argumento que deveria ser considerado irrelevante para a necessidade ou não de custódia preventiva, uma vez que o local onde o tráfico é realizado não reflete, por si só, maior periculosidade da conduta praticada, visto que não foram apontados outros elementos associados ao local de venda dos entorpecentes, como indícios do tráfico como atividade recorrente do acusado.

O segundo motivo, a elevada quantidade de droga apreendida, também incorre na mesma falta de parâmetros. Tal argumento é utilizado pelos tribunais para justificar a necessidade da prisão preventiva quando a elevada quantidade de droga se torna um indício de envolvimento profundo na atividade de tráfico de entorpecentes, com risco de reiteração delitiva e à ordem pública⁷⁶.

No caso ora analisado, a quantidade de droga apreendida, 19,8 gramas de cocaína, não permite inferir que o acusado esteja profundamente envolvido com o tráfico de drogas, ou que faz do tráfico seu meio de vida, e veio dissociada de outros elementos que pudessem corroborar tal suspeita.

É necessário analisar a questão à luz do princípio da proporcionalidade, para avaliar a pertinência da aplicação da medida cautelar mais gravosa no caso em questão. É necessário, portanto, para que haja um equilíbrio entre a liberdade pessoal e o direito à segurança, que os juristas respeitem o princípio da proporcionalidade para delimitar o ponto médio entre tais direitos, quando em conflito.⁷⁷

Em uma tentativa de estabelecer esse ponto médio, que possibilitaria indicar um envolvimento profundo com o tráfico, e, conseqüentemente, uma maior periculosidade do acusado, o STF assim já se posicionou:

Foram apreendidos, na residência do paciente, sete comprimidos de *ecstasy*, uma cápsula de MD e seis selos de LSD. [...] Pouco expressiva a quantidade de droga apreendida e ausentes elementos outros que indiquem o envolvimento significativo do paciente no tráfico de drogas, não se justifica a

⁷⁶ Precedentes: HC 126.837/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 17/3/2015; HC 109.111, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/03/2013; HC 109.528/PA, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 7/8/2012.

⁷⁷SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 623.

decretação ou manutenção da prisão cautelar por risco à ordem pública. (HC 104.868/RS, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, 6/10/2012)⁷⁸;

[...] a quantidade de droga apreendida, de 164,6 gramas, embora esteja longe de ser insignificante, não parece autorizar juízo no sentido da periculosidade do paciente ou que este seria pessoa profundamente envolvida com o tráfico de drogas" (HC 112.766/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 6/11/2012)⁷⁹.

Tem-se, portanto, que mesmo no caso em que a quantidade de droga apreendida era consideravelmente superior à do caso ora analisado, o STF entendeu não ser possível, apenas com esse elemento, inferir a existência de um profundo envolvimento com o tráfico de drogas e, conseqüentemente, que não seria cabível a prisão cautelar. Isso porque o princípio da proporcionalidade deve ser o norteador do magistrado ao avaliar o caso concreto, ponderando a gravidade da medida imposta – retirar a liberdade de um indivíduo juridicamente inocente – e a finalidade pretendida – impedir a reiteração delitiva⁸⁰.

Em razão disso, conclui-se que o acórdão aqui analisado buscou a garantia da segurança pública sem elementos fáticos que justificassem o cerceamento da liberdade do acusado, numa afronta ao princípio da proporcionalidade, que deve nortear a aplicação da custódia preventiva.

Considerando que a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória dos processados pelo delito de tráfico de entorpecentes é ainda recente no Direito brasileiro, observa-se, a partir da análise de decisões judiciais, que não houve uma consolidação no entendimento acerca de quais aspectos autorizariam a decretação da prisão preventiva nesse tipo de delito.

Isso gera, conseqüentemente, o uso de argumentos sem parâmetros específicos – como é o caso da quantidade de droga apreendida – de forma desarrazoada, numa demonstração de punição antecipada ao acusado baseada meramente no fato de o agente ter cometido o delito de tráfico de drogas. Como visto, isso é contrário à posição majoritária do STF, que não entende cabível uma justificativa baseada na gravidade em abstrato do delito e que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória para os acusados do delito de tráfico de entorpecentes.

⁷⁸Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3064801>, acessado em 22/4/2015, às 15h.

⁷⁹Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3168217>, acessado em 22/4/2015, às 16h.

⁸⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 626.

3.3 A argumentação acerca da necessidade de prisão preventiva no caso concreto

Ao analisar exemplos de acórdãos que tratam da necessidade de manutenção da custódia preventiva sob o argumento de necessidade de garantia da ordem pública em decisões de STF e do STJ, foi possível pontuar as principais situações em que a jurisprudência brasileira considera cabível sua aplicação: periculosidade em concreto do agente, relevada pelo *modus operandi* da conduta; possibilidade de reincidência do agente; e possibilidade de seu envolvimento profundo com o tráfico de drogas.

Foram apontadas diversas críticas a esses acórdãos, desde falhas argumentativas até o próprio fundamento autorizador da prisão preventiva, cada uma considerando as especificidades do caso concreto. Há, porém, um elemento comum a todas elas: o fundamento da necessidade de garantia da ordem pública.

Tal argumento é muito criticado por parte da doutrina, pois se mostra desvinculado da função cautelar da prisão preventiva, por não ter como papel garantir o adequado andamento da persecução penal. Como afirma SANGUINÉ, "subordinar a decisão sobre a liberdade pessoal a uma avaliação de periculosidade significa constranger o juiz ao papel de polícia"⁸¹. No entender de AURY LOPES JR., a prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública, de modo geral, "seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a 'crença' no aparelho estatal repressor."⁸²

Têm-se nos casos em que esse argumento é aplicado, como os analisados acima, que o ônus de garantir a segurança pública – que deveria ser do Estado –, recai sobre o acusado⁸³. Isso gera um desvirtuamento da função que a custódia preventiva exerce no ordenamento jurídico brasileiro, pois a prisão cautelar não tem por objetivo fazer justiça, nos dizeres de AURY LOPES JR., mas de garantir o funcionamento da justiça por meio da conclusão do processo penal de conhecimento⁸⁴.

Em vista disso, entende-se que, apesar de esse argumento ser amplamente utilizado nas decisões judiciais, a decretação de custódia preventiva baseada na garantia da ordem pública é inconstitucional. Segundo TOURINHO FILHO, qualquer argumento justificador da prisão

⁸¹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 369.

⁸² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 652.

⁸³ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 5.

⁸⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 660.

preventiva que não se restrinja a impedir que o acusado perturbe a instrução criminal ou que torne ineficaz a sanção a ser-lhe imposta – como risco concreto de fuga ou ameaça a testemunhas – é inconstitucional, por resultar numa antecipação da pena, atingindo o princípio da presunção de inocência⁸⁵.

Além disso, da leitura dos acórdãos selecionados, observa-se muitas vezes o laconismo das decisões, a abstração dos argumentos apresentados e a falta de uma fundamentação profunda, sendo a justificativa baseada apenas numa mera paráfrase das decisões de instâncias inferiores, em prejuízo do dever do juiz de fundamentar suas decisões, conforme estabelece o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo o qual todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade.

Ao observar o caso concreto, nota-se que o Poder Judiciário não se mantém sempre atento a tal obrigação. A fundamentação apresentada para justificar a possibilidade de reiteração delitiva apresentada no HC 114.498/RS, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, publicado no DJe de 04/12/2012 é um exemplo disso. Ela foi apresentada do seguinte modo: "soma-se, também, a concreta possibilidade de reiteração da conduta delitiva, fato hábil a justificar a segregação cautelar, considerando constar nos autos que o paciente responde processo pela prática de latrocínio na comarca de Gravataí."

Tal argumentação se mostra insuficiente para compreender por que o fato de o agente responder a um processo seria suficiente para representar a possibilidade concreta de reiteração delitiva, uma vez que tal argumento, além de ir contra o que consta na jurisprudência dominante, atinge diretamente a presunção de inocência do paciente.

O mesmo se aplica a argumentos que tentam evidenciar um *modus operandi* violento baseando-se apenas nas circunstâncias já inerentes às qualificadoras do tipo, entre outros exemplos que, dada sua fraca lógica jurídica, podem até afetar a eficiência da atividade jurisdicional⁸⁶.

Argumentar de maneira insuficiente, incapaz de trazer esclarecimentos acerca do porquê de tais decisões representa uma afronta ao dever constitucional de fundamentação das decisões. GOMES FILHO esclarece que a observância à exigência de fundamentação no âmbito do Direito Penal integra o sistema de garantias penais e processuais a que o acusado tem direito, e

⁸⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 14ª ed. Volume III. Ed. ABDR, 1999, p. 677.

⁸⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 95.

representa uma condição de legitimidade para a imposição de qualquer medida punitiva no Estado Democrático de Direito⁸⁷, além de limitar o Poder Judiciário em relação às demais esferas de poder presentes no Estado Democrático de Direito⁸⁸.

GOMES FILHO rechaça a argumentação que se afaste do caso concreto e meramente enuncie artigos do Código Penal, considerando-a inapta a justificar uma medida tão extrema quanto a prisão preventiva. Esse autor, em consonância com a tendência de exigir, cada vez mais, adequada fundamentação das decisões por parte do magistrado, afirma ser preciso ir muito além de uma mera referência aos requisitos legais da prisão preventiva, valorando os fatos segundo os parâmetros estabelecidos pelo legislador, indicando quais as circunstâncias concretas que permitem entender que há, em concreto, uma das situações de perigo elencadas no art. 312 do Código Penal⁸⁹.

Revelando-se alinhado a essa tendência de adoção de uma fundamentação robusta, o novo Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) esmiuçou no art. 489, §1º situações em que não se considera fundamentada a decisão judicial. São elas: limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O novo CPC, ainda em *vacatio legis*, sendo o mais moderno regramento processual de Direito interno, indica uma tendência a ser adotada em todos os ramos do Direito. Esse Código, ao trazer um rol de hipóteses que desqualifica a fundamentação judicial, descortina o interesse do legislador de tonar mais claros os parâmetros necessários para fundamentar uma decisão judicial, em garantia tanto do Poder Judiciário quanto das partes envolvidas em litígio.

⁸⁷ *Idem*, p. 97-98.

⁸⁸ *Idem*, p. 82.

⁸⁹ *Idem*, p. 224.

A devida fundamentação das decisões deve ser aplicada não apenas quando se trata da necessidade de assegurar a persecução penal, como também ao se afastar a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas à prisão. O que se observa atualmente são muitos decretos de prisão preventiva que tratam da inaplicabilidade de medidas cautelares alternativas de modo abstrato, ferindo o art. 93, inciso IX, da Constituição.

Ao avaliar e fundamentar a necessidade de aplicação da custódia preventiva, o juiz não pode relativizar o seu caráter de recurso extremo, a ser aplicado apenas quando não houver medida menos gravosa aos direitos fundamentais do acusado. O artigo 319 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, elenca medidas alternativas à prisão, em caso de necessidade de garantir cautelarmente o processo penal: comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se da Comarca; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; 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; fiança e monitoração eletrônica.

A inovação legal representa um rompimento no modelo vigente até 2011, segundo o qual o magistrado deveria optar pela prisão preventiva ou pela liberdade do acusado. Havendo diversas medidas alternativas à custódia preventiva, torna-se concreta a possibilidade de se aplicar medidas cautelares menos gravosas que a prisão.

Por ser uma alteração recente no CPP, não foram encontrados dados referentes aos índices de aplicação de medidas alternativas à prisão. Apesar disso, analisando-se os dados percentuais já mencionados, referentes aos presos provisórios em 2014 e nos anos anteriores à promulgação da Lei nº 12.403, de 2011, tem-se que de 2005 a 2010, os índices variaram de 46% a 43%, enquanto em 2014, os presos provisórios representaram 41% da população carcerária brasileira⁹⁰. Esses índices representam uma redução muito pequena na porcentagem de presos provisórios no Brasil, considerando que, a partir da Lei nº 12.403, de 2011, os

⁹⁰ Como até 2013 não havia contabilização do número de presos domiciliares, para que seja possível uma comparação entre os dados, será considerado o número total de presos excluindo aqueles em regime domiciliar, totalizando 563.526 presos. MACEDO, Natália. Sistema penitenciário brasileiro. *Evolução da população carcerária (1990-Outubro 2010)*. Instituto de Pesquisa e Cultura LFG. 2011 Dados disponíveis em: http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceosp/pesquisa/PESQUISA_LFG_SISTEMA_PENITENCIARIO.pdf, acessado em 18/3/2015, às 11h.

magistrados dispõem de nove medidas alternativas a serem consideradas como opção à prisão preventiva.

A aplicação das medidas alternativas à prisão representa um avanço com relação ao modelo jurídico meramente repressivo, mas, caso não haja empenho por parte da magistratura em aplicar as medidas propostas na Lei nº 12.403 de 2011, terá sido em vão a tentativa do legislador de dar um tratamento mais adequado à necessidade de aplicação de medidas repressivas ao acusado no curso do processo penal.

Com o empenho do Poder Judiciário em prol da devida aplicação das medidas alternativas à prisão, bem como a busca por uma maior eficiência do Judiciário, tais soluções poderão ser aplicadas de imediato, nos moldes em que a legislação brasileira se encontra atualmente, não dependendo de mais alterações legislativas para que haja melhoras na aplicação indiscriminada da custódia preventiva.

Para contribuir com esse empenho institucional, faz-se necessária uma atenção maior dos magistrados a uma adequada fundamentação de suas decisões, evitando abstrações tanto ao decidir acerca da necessidade de aplicação ou manutenção da custódia preventiva quanto ao avaliar a possibilidade de uso de medidas cautelares diversas da prisão. Caso não haja observância a essas diretrizes, há o risco de que, nesses casos, os magistrados atinjam não apenas o direito do acusado à liberdade, mas também seu direito ao devido processo legal.

4 A PRISÃO PREVENTIVA COMO PENA

4.1 O CÁRCERE COMO PENA

Apesar da diferenciação técnica entre prisão pena e prisão processual, tem-se que, na prática, ambas se assemelham muito, e o esforço teórico para caracterizar a prisão processual como não punitiva contrasta com as condições físicas e psicológicas a que o preso é submetido.

Os presos que se encontram reclusos podem estar ali, na maioria dos casos, por duas razões: como punição pelo cometimento de um crime, como é o caso daqueles cuja condenação já transitou em julgado, ou como medida acautelatória, em se tratando de presos provisórios. Independentemente do motivo que os levou à prisão, ao entrar no cárcere, o indivíduo é isolado dos demais integrantes da sociedade, tendo os muros da prisão como fronteiras desse isolamento. É o que descreve ANA MESSUTI:

Assim como as fronteiras delimitam dois territórios, os muros da prisão também o fazem dentro da cidade. A prisão caracteriza-se, sobretudo, pela mínima comunicação com o mundo social externo. Uma prisão é tal precisamente pela impossibilidade de franquear livremente suas portas. Seus muros marcam uma ruptura no espaço social⁹¹.

Em razão disso, ainda que a custódia preventiva tenha caráter apenas processual, não podendo tornar-se uma pena antecipada para o acusado, a consequência lógica dessa ruptura no espaço social é a de que o preso preventivo, enquanto recluso, sofrerá as mesmas consequências a que um preso com condenação transitada em julgado é submetido.

A legislação brasileira determina que as pessoas presas provisoriamente fiquem separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, conforme dispõem o art. 300 do CPP e o art. 84 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. O que ocorre na prática, entretanto, é muito distinto. Uma notícia veiculada em um jornal de Mato Grosso do Sul em março de 2014 relata que mais de setenta presos com condenação já transitada em julgado mantêm-se, ao lado de presos cautelares, em delegacias, local não apropriado para receber presos após o flagrante, em virtude da ausência de vagas nas penitenciárias do estado⁹².

A Casa de Detenção de São Paulo, popularmente conhecida como Carandiru, foi um exemplo disso. A casa, que funcionou até 2002, foi criada na década de 1920 para receber

⁹¹ MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 31.

⁹² CHAVES, Bruno. PRADO, Filipe. *Falta de vagas em presídios "empurra" 70 condenados para delegacias de MS*. Campo Grande News, Campo Grande. 26 mar. 2014. Disponível em: <http://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/falta-de-vagas-em-presidios-empurra-70-condenados-para-delegacias-de-ms>, acessado em 2/5/2015, às 17h.

apenas presos provisórios, mas transformou-se numa prisão geral – que chegou a ser a maior da América Latina – recebendo tanto provisórios quanto sentenciados, dividindo a mesma cela⁹³.

Evidencia-se que a determinação legal de manter separados presos provisórios e condenados não é cumprida, tornando-se mais um reflexo da afirmação de ZAFFARONI de que o sistema penal não atua de acordo com a legalidade, pois os órgãos por ele responsáveis não exercem seu poder segundo o discurso jurídico-penal das leis⁹⁴.

FERRAJOLI afirma que a ausência de separação entre presos provisórios e condenados demonstra que a prisão preventiva tem caráter punitivo. Se a custódia cautelar não possuísse esse caráter de antecipação de pena, ela seria cumprida em instituições penais especiais, isoladas dos estabelecimentos prisionais, que garantissem certa comodidade ao preso, ao contrário do que ocorre atualmente, em que não há separação clara entre condenados ou não⁹⁵.

Consequentemente, o tratamento dispensado a presos provisórios e a condenados, na prática, é igual, e a reclusão no cárcere impõe um tratamento nada benevolente com os presos. Além do próprio isolamento inerente à prisão, os presos provisórios também são submetidos a condições degradantes e sem respeito à dignidade humana, situação a que nenhum preso deveria ser submetido, seja ele provisório ou não.

É notória a situação de caos por que passa o sistema prisional brasileiro. No complexo penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão, um dos maiores do país, mais de noventa presos foram assassinados nos últimos dois anos, devido a disputas de facções criminosas rivais dentro do complexo. Nele, mais de 60% dos detentos são presos provisórios⁹⁶. Um relatório realizado pelo CNJ em dezembro de 2013 concluiu que não há condições de manter a integridade física dos presos, seus familiares e de quem mais frequente os presídios de Pedrinhas⁹⁷.

⁹³ Na casa de detenção de São Paulo ocorreu o episódio conhecido como "Massacre do Carandiru", em 1992. A Polícia Militar foi acionada para conter uma rebelião motivada por uma briga no pavilhão 9 da casa. Ao final da operação, os números oficiais contabilizaram a morte de 111 presos, e acredita-se que 80% deles fossem presos provisórios. O ocorrido motivou debates acerca das condições de superpopulação do sistema prisional brasileiro e do uso da violência nas prisões. VARELLA, Dráuzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.23/208.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 21.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 619.

⁹⁶ HUMAN RIGHTS WATCH. *Brasil: Crise Penitenciária Impulsiona Reforma*. 8 abr. 2015. Disponível em: <http://www.hrw.org/node/134021>, acessado em 10/5/2015, às 18h.

⁹⁷ Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/barbarie-em-pedrinhas>, acessado em 10/05/2015, às 17h.

A estrutura das prisões é inóspita não apenas nas últimas décadas: ERVING GOFFMAN, ao descrever uma prisão em 1961, relata que as celas mal contêm o grupo destinado ao local e que todos os presos dormem no chão. Quando todos se deitam, todo o espaço do chão parece estar ocupado, e esse autor afirma que ter uma vida reservada nessas condições é impossível⁹⁸.

A cena relatada se repete a cada noite nas prisões brasileiras, como resultado da superlotação do sistema prisional. Na cadeia pública de Itanhaém, interior de São Paulo, por exemplo, em uma cela com capacidade para trinta e duas pessoas, havia duzentas e treze quando o estudo "Brasil atrás das grades" foi realizado, em 1998⁹⁹. O estudo também relata casos em que a superlotação é tão alta que não há espaço no chão, e alguns presos dormem amarrados às grades da cela¹⁰⁰.

O Brasil possui atualmente um déficit de 354.244 vagas no sistema prisional¹⁰¹, o que gera a superlotação das prisões. Ela é causada, em parte, pela aplicação desmedida do instituto da prisão preventiva, como aponta o estudo¹⁰², pois os presos provisórios representam um terço da população carcerária brasileira, como visto. Em países como Alemanha, o índice de presos provisórios é de 18%¹⁰³.

As características intrínsecas ao encarceramento, como a perda de liberdade, do próprio espaço e da vida que o preso possuía, associada às condições das prisões, que costumam ser de superpopulação, alimentação paupérrima, falta de higiene e de assistência sanitária, levam o preso a um abalo em sua autoestima de forma profunda¹⁰⁴, representando uma consequência danosa do cárcere, dando-lhe um caráter punitivo mesmo àqueles que não foram condenados.

Ademais, os presos preventivos são submetidos ao regime fechado, tratamento destinado apenas aos condenados por condutas mais perigosas ou de penas mais elevadas¹⁰⁵,

⁹⁸ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1974, p. 36.

⁹⁹ HUMAN RIGHTS WATCH. *Brazil behind bars*, New York, 1998, p. 66. Disponível em: <http://www.hrw.org/pt/world-report/2014/country-chapters/121500>, acessado em 3/5/2015, às 14h.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 70.

¹⁰¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. 2014. http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf, acessado em 18/03/2015, às 15h30.

¹⁰² HUMAN RIGHTS WATCH. *Brazil behind bars*, New York, 1998, p. 35. Disponível em: <http://www.hrw.org/pt/world-report/2014/country-chapters/121500>, acessado em 3/5/2015, às 14h.

¹⁰³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. 2014. http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf, acessado em 18/03/2015, às 15h30.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 135.

¹⁰⁵ WEDY, Miguel. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 4.

não possuindo direitos a benefícios como progressão de regime da pena ou saídas temporárias¹⁰⁶.

Por conseguinte, o preso provisório não apenas está submetido aos castigos impostos a um preso condenado, em virtude de ambos conviverem em um mesmo ambiente hostil e isolado, como também se encontra em uma situação menos benéfica do ponto de vista das vantagens e benefícios assegurados pela legislação penal aos presos condenados.

MICHEL FOUCAULT trata da ideia de a prisão, em qualquer modalidade, ser uma pena. Para ele, apesar de a humanidade se insurgir contra essa ideia, sempre haverá punição quando se trata de privar o indivíduo do bem mais precioso, no seu entendimento, que é a liberdade, e atingindo tudo que lhe é caro¹⁰⁷. Assim, o isolamento do preso no cárcere e a privação de sua liberdade, como ocorre com os presos provisórios, representam, por si só, uma pena.

A ideia de FOUCAULT, associada à realidade prisional a que os presos cautelares são submetidos no Brasil, evidencia o caráter punitivo da prisão preventiva. Apesar de esta ter sido teorizada como uma prisão processual, não podendo assumir um caráter de antecipação de pena, as características inerentes ao cárcere – como a privação da liberdade e o isolamento social –, somadas às condições degradantes a que os presos preventivos são submetidos, não deixam dúvidas acerca do elemento punitivo presente na prisão cautelar.

4.2 O TEMPO COMO PENA¹⁰⁸

O caráter punitivo da prisão cautelar não provém apenas da restrição física à liberdade, representada pelo cárcere. O tempo, como principal elemento da pena¹⁰⁹, também é responsável por punir o preso preventivo.

A separação física não define por si só a pena de prisão. Ao referirmo-nos a uma pena desse tipo é lógico perguntar: por quanto tempo? Porque o tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena. Existe uma enorme diferença entre passar três dias na prisão e passar toda a vida: há toda uma vida de diferença¹¹⁰.

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 620.

¹⁰⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996, p. 106.

¹⁰⁸ O título desta subseção tem como referência o livro 'O tempo como pena', de Ana Messuti.

¹⁰⁹ MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

¹¹⁰ *Idem*, p. 34.

A legislação brasileira não estabelece duração máxima para a prisão preventiva. Por conseguinte, cabe ao magistrado avaliar se a duração da medida está adequada, pois o excesso de prazo para manutenção da prisão preventiva é motivo ensejador de revogação da custódia¹¹¹.

A ausência de parâmetros específicos para definir o tempo máximo de duração da custódia preventiva leva a casos extremos, em que a prisão perdura por tanto tempo que assume um caráter punitivo. Um exemplo é o caso constante no HC 120.178/AL¹¹², julgado pelo STF em 10/6/2014, relatado pelo Ministro Luiz Fux. O paciente, acusado pelo delito de homicídio qualificado e quadrilha (arts. 121, §2º, incisos I e IV, e 288 do Código Penal), foi preso preventivamente em outubro de 2007 e pronunciado em dezembro de 2008, sem, entretanto, ter sido julgado até a data em que o *habeas corpus* foi apreciado, o que resultou em quase sete anos de prisão preventiva, revogada pelo STF.

Caso semelhante é retratado no HC 119.365/PE, julgado pelo STF em 29/4/2014, sendo relator o Ministro Dias Toffoli¹¹³. O paciente, também acusado de homicídio qualificado, permaneceu preso por mais de seis anos sem que o recurso contra a decisão de pronúncia fosse apreciado, até que o STF revogou sua prisão preventiva.

Em ambos os casos, tem-se que a demora na conclusão do processo penal dos pacientes foi responsável por manter os presos em caráter preventivo – sem direito a nenhum benefício que pudesse abrandar a prisão – por mais de seis anos, prazo que mostra inaceitável, em se tratando de uma medida extrema como a prisão preventiva.

A lentidão no tempo gasto para concluir os processos judiciais se torna um estímulo à aplicação desmedida da prisão preventiva. Isso ocorre porque a sociedade, ansiando uma resposta rápida para a criminalidade, exige que medidas sejam tomadas antes do tempo necessário para concluir o processo penal que, devido à morosidade da justiça, torna-se incerto. Com o uso da prisão preventiva, cria-se uma ilusão de eficiência e de justiça instantânea, dando à sociedade a resposta ansiada em detrimento da legitimidade dessa modalidade de prisão¹¹⁴.

¹¹¹ Precedentes: AgR no HC do STF 125.139/PE, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 7/4/2015; RHC do STF 123.295/PE, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 24/3/2015; HC do STF 120.436/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 25/3/2014.

¹¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2014. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6273512>, acessado em 10/5/2015, às 22h.

¹¹³ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6017134>, acessado em 10/5/2014, às 21h.

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 200.

Olvida-se, entretanto, que a prisão preventiva não tem como função fazer justiça, ao contrário do que busca a sentença. Seu objetivo é o de assegurar a eficácia do processo penal¹¹⁵.

ZAFFARONI esclarece que a morosidade da justiça gera uma distorção cronológica, pois, ao tardar em prolatar uma decisão sobre o caso, enquanto o acusado já se encontra preso, vivenciando os aspectos punitivos do cárcere, o decreto de custódia preventiva adquire um papel de sentença, transformando a prisão preventiva em prisão pena¹¹⁶.

AURY LOPES complementa a ideia ao afirmar que "o caráter punitivo está calcado no tempo de submissão ao constrangimento estatal, e não apenas na questão espacial de estar intramuros". Para esse autor, a duração do processo penal além do tempo necessário para assegurar seus direitos fundamentais se torna a principal violação das garantias que o réu possui¹¹⁷. É o tempo agindo como violador da dignidade da pessoa humana e como antecipação da pena.

Considerando que a prisão preventiva traz consigo esse caráter de pena, e que, conseqüentemente, o alargamento na duração da custódia preventiva contribui para ampliar os efeitos punitivos do encarceramento, a fixação de parâmetros que possam nortear a definição de prazos para a prisão preventiva se torna fundamental¹¹⁸. Assim, o principal elemento da pena estaria resguardado, evitando que abusos no uso da prisão preventiva, como os que ocasionaram prisões preventivas por mais de seis anos, não ocorram novamente.

Não apenas o tempo da prisão preventiva, cumprido no cárcere, representa uma pena para o acusado. É necessário considerar também o transcurso do tempo fora da prisão, o qual o acusado foi impedido de acompanhar, para compreender o significado do tempo como pena em sua completude.

Os momentos ocorridos enquanto o acusado encontra-se preso preventivamente são irrecuperáveis, e essa perda virá associada a uma dor¹¹⁹. Ser privado de participar de eventos cruciais da vida em sociedade, como o nascimento de um filho, a morte de um ente querido ou

¹¹⁵ *Idem*, p. 202.

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 27/28.

¹¹⁷ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 95.

¹¹⁸ MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

¹¹⁹ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1974, p. 25.

um tempo dedicado à formação profissional, são apenas alguns exemplos dos efeitos do tempo da prisão preventiva como pena.

Ainda que um tempo longo despendido no cárcere amplie as possibilidades de dor por estar preso preventivamente e aumente o entendimento dessa prisão como uma pena, a passagem do tempo na prisão, por si só, gera danos que traduzem um caráter punitivo da medida. Como esclarece MIGUEL WEDY:

Por mais curta que seja a duração da prisão cautelar, a nódoa e a vergonha ficam, indestrutíveis e inafastáveis, envolvendo o preso provisório numa redoma estigmatizante que o marcará para sempre, pelo simples fato de ser ex-presos e ter dormido no cárcere, independentemente de sua culpabilidade¹²⁰.

Tem-se, então, que o tempo, seja ele curto ou longo, seja o tempo da prisão ou o do mundo exterior, representa simbolicamente a pena que, apesar de não advir de uma sentença, será cumprida como se condenado fosse, provocando danos que nem sempre o tempo será capaz de recompor.

4.3 O ESTIGMA COMO PENA

A estigmatização dos presos é uma marca menos visível que as grades da prisão, mas isso não a torna menos árdua. Ela acompanha todos aqueles que têm ou tiveram contato com o sistema prisional, condenados ou não, e, ao contrário dos elementos físico e temporal do encarceramento, não se esvai logo após o ato de deixar a prisão.

O estigma é definido por ERVING GOFFMAN como a situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena, por um atributo que o diferencia daqueles que pertencem a uma categoria em que pudesse ser incluído¹²¹. Esse autor elenca três tipos de estigma: as abominações do corpo, os estigmas tribais e as culpas de caráter individual, em que se insere a prisão¹²².

A sociedade tem uma visão muito negativa das pessoas presas, não atribuindo nenhuma qualidade ao retrato social destas¹²³. No entender de muitos, se o indivíduo está preso, ele é criminoso, devendo ser tratado como tal. Como esclarece GOFFMAN, "um homem colocado em

¹²⁰ WEDY, Miguel. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 8/9.

¹²¹ GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 7-12.

¹²² *Idem*, p. 14.

¹²³ WEDY, Miguel. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 4.

prisão política deve ser um traidor; um homem na cadeia deve ser um delinquente; um homem num hospital para doentes mentais deve estar doente. Se não fosse traidor, doente ou delinquente, por que estaria aí?"¹²⁴.

Como consequência da suposição de que quem está na prisão é criminoso, a carga estigmática negativa não se restringe aos que foram condenados pela Justiça, porém alcança a todos que tiveram contato com o sistema penal¹²⁵, como os presos provisórios. Inclusive, o estigma não está diretamente associado ao cometimento de um delito em si, mas à sua punição, e por isso a prisão processual, funcionando como antecipação de uma pena, também provoca estigmatização.

Uma explicação acerca desse estigma sem vinculação direta ao cometimento do delito é dada por ALESSANDRO BARATTA. Segundo esse autor, o *status* de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito das atividades exercidas pelas instâncias de controle social sobre o indivíduo, de modo que a sociedade não reconhece nem trata como delinquente aquele que, ainda que tenha cometido ação punível, não tenha sido alcançado pelas ações de controle social¹²⁶.

Essa estigmatização do preso provisório fere o princípio da presunção de inocência, que não admite a atribuição de qualquer tipo de estigma contra o indivíduo em virtude da imputação do delito ou da prisão processual, pois a estigmatização afasta a ideia de inocência que deve envolver o indivíduo não condenado¹²⁷. Apesar disso, a sociedade, alheia a esses preceitos, estigmatiza o acusado sem nenhum constrangimento social, julgando-o como um ser de classe inferior e subalterna, merecedor de repugnância¹²⁸.

Muitas vezes o estigma chega a extrapolar os limites individuais, alcançando também os familiares e amigos do preso, como se evidencia neste relato:

Sou uma menina de 12 anos que é excluída de toda atividade social porque meu pai é um ex-presidiário. Tento ser amável e simpática com todo mundo, mas não adianta. Minhas colegas de escola disseram que suas mães não querem que elas andem comigo pois isso não seria bom para sua reputação.

¹²⁴ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1974, p. 178.

¹²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 134.

¹²⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. 1ª edição. Buenos Aires; Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 84.

¹²⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.(Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.533.

¹²⁸ WEDY, Miguel. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 7

Os jornais fizeram publicidade negativa do meu pai e, apesar de ele ter cumprido pena, ninguém esquecerá o fato.¹²⁹

Assim, como afirmou FOUCAULT, a prisão afeta tudo o que é mais caro para o preso, incluindo-se aqui sua família, que também sofre com os estigmas sociais. A prisão preventiva, do ponto de vista psicológico e social, torna-se uma pena não apenas para o preso, mas também para seus familiares.

Ao deixar a prisão, nem o preso ou sua família estarão livres do estigma associado ao o baixo *status* destinado aos encarcerados. Ao tentar se reinserir na sociedade, o preso provisório terá uma recepção fria, perceptível em momentos como se candidatar a uma oferta de emprego, ao tentar comprar produtos ou obter serviços de prestação continuada¹³⁰.

BARATTA aponta que essa dificuldade de reinserção social é ainda maior para pessoas de estratos sociais mais baixos, quando comparados a indivíduos de grupos sociais de capacidade econômica mais elevada também saídos do cárcere. O efeito da pena sobre a vida e o *status* social futuro do jovem preso oriundo de estratos sociais inferiores é maior. Conseqüentemente, enquanto os jovens de melhores condições sociais conseguem, após certo tempo, reintegrar-se, os mais vulneráveis se mantêm marcados para sempre e não conseguem alcançar nível equivalente da trajetória de outros membros do seu grupo de origem¹³¹.

Considerando, como visto, que mais da metade da população carcerária brasileira é negra e/ou estudou apenas até o Ensino Fundamental – representando grupos de maior vulnerabilidade no contexto social do País –, tem-se que a maioria da população presa no Brasil sofrerá de modo mais acentuado as conseqüências do estigma de ter sido preso.

Assim, o preso provisório, especialmente os oriundos de camadas sociais mais vulneráveis, vê reduzidas suas oportunidades para buscar uma reinserção social, e sua vida comunitária é seriamente atingida, como reflexos sociais e econômicos da estigmatização¹³². Há um isolamento do indivíduo da sociedade¹³³, tanto em virtude da sociedade que o inferioriza e o teme, quanto do próprio indivíduo, numa tentativa de esconder sua condição. É o que relata BENEDITO CARVALHO FILHO:

¹²⁹ GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p.40.

¹³⁰ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1974, p. 69.

¹³¹ BARATTA, Alessandro. Princípios de Derecho Penal Mínimo. In: BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 311.

¹³² WEDY, Miguel. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3.

¹³³ WEDY, Miguel. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 8.

São diversas as trajetórias que levam as pessoas à prisão, como são diversos os percursos que demarcam as suas vidas. As histórias (e estórias) que as compõem falam de um tempo real e imaginário. [...] Tempos amargos, cujas marcas estão presentes nos seus corpos, nas suas falas, nos seus silêncios, nas suas angústias e invisibilidades. Sim, invisibilidades, pois muitos desses homens e mulheres passam por nós, escondem-se para fugir dos estigmas no momento em que são identificados como ex-detentos, ex-prisioneiros, ex-criminosos, etc, rótulos que carregam pelo resto da vida¹³⁴.

Esse esconder-se da sociedade, numa tentativa de não carregar o rótulo de ex-detento, pode tornar o indivíduo inseguro, deprimido, hostil, ansioso e confuso¹³⁵. A prisão tende a corroer a autoimagem do preso preventivo¹³⁶, e a liberdade pós-prisão tende a isolá-lo. Essas são algumas consequências de um processo denominado por ZAFFARONI prisionização, que é o efeito deteriorante do cárcere¹³⁷.

O processo de estigmatização associa-se diretamente ao uso abusivo da prisão preventiva. WEDY esclarece que há uma relação antropofágica entre os dois conceitos. Segundo esse autor, quanto maior o risco de estigmatização, maior a chance de ocorrência de redução de oportunidades para o preso provisório; quanto maior a redução de oportunidades, maior a possibilidade de que sejam praticadas condutas desviantes e quanto maior a possibilidade de condutas desviantes, maior o risco de imposição de custódia preventiva, e assim por diante¹³⁸.

Consequentemente, não apenas o estigma atua como uma pena para o indivíduo submetido ao sistema penal sem haver sido sentenciado, como também é um elemento ensejador do cometimento de delitos, desvirtuando o uso da prisão preventiva.

Associados, os elementos espaço físico, tempo e visão do eu na vida de um preso preventivo rompem com a ideia de que a prisão preventiva significa uma mera prisão processual, ausente de caráter punitivo, dada a importância que os três aspectos aqui analisados representam e o impacto que a restrição de um desses elementos – ou de todos juntos, como ocorre com a prisão preventiva – pode causar na vida de uma pessoa.

¹³⁴ CARVALHO FILHO, Benedito José de. *Depois das muralhas e grades: imagens e representações dos condenados sob livramento condicional e suas condições de sobrevivência*. Rio de Janeiro: São Paulo, SP: Fortaleza: ABC, 2006, p. 99.

¹³⁵ GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 22.

¹³⁶ WEDY, Miguel. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 8

¹³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 135.

¹³⁸ WEDY, Miguel. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5

Em vista disso, observa-se que o conceito de prisão preventiva como prisão sem pena, na verdade, não encontra respaldo ao se analisar a realidade prisional brasileira. Como afirmou AUGUSTO THOMPSON, "Prisão não punitiva é algo tão contraditório como hospital mental punitivo" ¹³⁹. Na prática, as diferenças entre o preso condenado e o preventivo são bem menores do que a ideia de prisão sem pena faz crer.

¹³⁹ THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, p. 6.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prisão cautelar é adotada pelos ordenamentos jurídicos mais expoentes e vem sendo aplicada ao longo dos séculos, desde a Antiguidade. Isso pode induzir a uma falsa de noção de unanimidade acerca desse instituto, que, na prática, não ocorre. Muitas são as críticas em torno de sua aplicação. Este trabalho discute algumas delas: a decretação de custódia preventiva com base na garantia da ordem pública e a concepção de custódia preventiva como prisão processual, sem caráter de pena.

A compreensão acerca da legitimidade de aplicação da custódia cautelar é indissociável dos princípios do Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana, a liberdade e a presunção de inocência são limitadores da prisão preventiva, que possui um caráter excepcional e subsidiário diante de medidas cautelares menos gravosas ao acusado.

O que se observa, entretanto, é outra realidade: atualmente o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, e mais de 30% dos presos são provisórios. A modificação das normas do Código de Processo Penal relativa à prisão privativa promovida pela Lei nº 12.403, de 2011, pouco reduziu essas estatísticas em relação aos anos anteriores à mudança legal.

A necessidade de garantia da ordem pública é um conceito abstrato, fluido e genérico, contemplando diversas ideias, algumas já refutadas pelo STF e STJ – como o clamor social e a credibilidade da Justiça brasileira – bem como outros que continuam sendo largamente utilizados, como a periculosidade do agente e a gravidade concreta do delito.

Os acórdãos analisados ao longo deste trabalho refletem a abstração do conceito de garantia da ordem pública, utilizada em todos os *habeas corpus* e recursos selecionados para justificar a necessidade de garantia da ordem pública. As situações abarcadas por esse conceito não apresentam relação com o intuito originário da prisão preventiva, expresso legalmente, que consiste em assegurar o bom andamento do processo penal.

Por vezes, os magistrados recorrem a argumentos permeados por juízos de valor, apoiando-se na gravidade em abstrato do delito, em inferências sem base concreta e até em elementos associados à pessoa do agente – como o fato de o acusado ostentar processos penais em curso –, para fundamentar suas decisões. Em vista disso, muitos doutrinadores entendem que esse argumento é inconstitucional, por fugir à ideia de garantir o bom andamento do processo penal.

Partindo dessa tese de inconstitucionalidade, não seria cabível a aplicação de custódia preventiva sob o argumento genérico de garantia da ordem pública, como nas hipóteses analisadas nesse trabalho, pois esse argumento está em conflito com princípios constitucionais. Além disso, o conceito abarca diversas possibilidades não expressas no texto legal – como o risco de reiteração delitiva –, levando os magistrados a fazerem uma interpretação extensiva do art. 312 do CPP, que versa sobre as possibilidades de aplicação da custódia preventiva, o que não cabe quando se trata de uma medida extrema e subsidiária.

O caráter subsidiário da prisão preventiva vem sendo relativizado para transmitir à opinião pública uma falsa noção de eficiência da Justiça. Essa cultura da imediatidade, entretanto, inverte a lógica do devido processo legal, transformando medidas não definitivas – como a prisão preventiva –, em remédio contra os efeitos de uma justiça lenta.

A lentidão dos processos penais gera danos irreparáveis aos presos preventivos, como nos casos extremos em que a prisão cautelar perdurou mais de seis anos, uma verdadeira pena sem condenação. Se a intenção das medidas cautelares é a de garantir a conclusão do processo penal de maneira adequada, a lentidão da justiça pode causar efeito contrário, comprometendo a eficácia do processo.

A prisão preventiva não tem como função corrigir os problemas de uma justiça lenta, nem deve ser aplicada para ceder ao clamor público. Por isso, é importante romper com essa pretensão de transmitir à opinião pública uma falsa noção de eficiência da Justiça. Respostas judiciárias não são imediatas, mas o aumento da eficiência e a redução do tempo dos processos penais pode trazer a justiça de modo efetivo, ao invés de depender de medidas temporárias que atentam contra as garantias constitucionais do acusado.

Muitos dos acórdãos selecionados arrostam a garantia constitucional de fundamentação das decisões, dada a breve argumentação, que por vezes é apenas uma mera retomada de argumentos expressos em instâncias inferiores ou uma tautologia. Distancia-se de uma análise particularizada da conduta, ferindo o princípio do devido processo legal e obstaculizando o direito à defesa.

Outra crítica dirigida à prisão preventiva refere-se ao que representa uma prisão, para o preso e para a sociedade. Ter contato com o sistema penal e, especialmente, com a prisão, significa adquirir uma imagem negativa por parte da sociedade. Isso não ocorre apenas com o

trânsito em julgado da decisão, afetando também os presos provisórios e suas famílias. O ônus de ser ex-presidiário, mesmo que por medida preventiva, se perpetua no tempo.

Tempo, aliás, que também representa um fardo para o preso preventivo, quando se trata do transcurso na prisão. Ainda que curto, ele deixa marcas pelo trauma de estar preso na condição de juridicamente inocente e pelo estigma que virá, por parte da sociedade, em virtude de seu tempo no cárcere. Caso seja longo, intensificam-se as agruras do cárcere, tornam as condições de vida do acusado tão cruéis quanto as de um condenado, bem como o privam de seu tempo em liberdade.

Na maioria das realidades dos estabelecimentos prisionais, o preso provisório divide o mesmo espaço com presos condenados, em descumprimento ao disposto no art. 300 do CPP, que determina a separação entre ambos. Conseqüentemente, os castigos impostos aos condenados também integram a rotina dos presos provisórios, em celas apertadas, superlotadas e desumanas.

Diante de tal cenário, a distinção entre prisão pena e prisão processual se torna apenas teórica, insustentável diante do estigma, do tempo na prisão e do próprio cárcere. Evidenciando-se o caráter de pena, ainda que parcial, que possui a prisão preventiva, é oportuno resgatar a ideia de subsidiariedade e excepcionalidade inerente à custódia preventiva, que muitas vezes é relativizada, em detrimento da aplicabilidade de medidas alternativas à prisão preventiva no caso concreto.

As medidas alternativas à custódia preventiva apresentam-se como meios de reduzir a quantidade de decretos de prisão preventiva expedidos atualmente, uma vez que a aplicação destas já está prevista no Código de Processo Penal. Viabilizar essa mudança depende apenas do compromisso dos magistrados de, ao avaliar a possibilidade de aplicar medidas assecuratórias da persecução penal, não fazê-lo com uma fundamentação genérica e de viés punitivo, como muitas vezes ocorre, porém analisando a pertinência da prisão no caso concreto.

Para os casos em que a prisão preventiva se mostrar necessária para garantir o bom andamento do processo penal, mostra-se crucial garantir o cumprimento do art. 300 do CPP, que veda a manutenção de presos provisórios e condenados nas mesmas dependências prisionais. Ademais, cabe assegurar ao acusado a duração razoável da custódia preventiva, atrelada a um Poder Judiciário eficiente e um prazo que se mantenha apenas enquanto houver ameaça à eficácia do processo penal.

Tais medidas não serão suficientes para por fim à ideia de antecipação de pena que envolve a prisão preventiva, pois a privação da liberdade e o estigma social direcionado aos que tem contato com o sistema penal serão mantidos. Entretanto, contribuirão para reduzir significativamente o número de presos preventivos, isso sem depender de uma alteração legislativa, o que permite que essas mudanças sejam implementadas desde já, de modo a assegurar, sem delongas, os direitos e as garantias constitucionais do acusados no curso do processo penal, e a reduzir os constrangimentos associados à prisão preventiva.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Jr, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. 1ª edição. Buenos Aires; Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

_____. Princípios de Derecho Penal Mínimo. In: BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.(Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO, Gabriela Ribeiro; MONTEIRO, Felipe Mattos. *A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária – um debate oportuno*. Civitas, Porto Alegre, v. 13, n. 1, 2013.

CARVALHO FILHO, Benedito José de. *Depois das muralhas e grades: imagens e representações dos condenados sob livramento condicional e suas condições de sobrevivência*. Rio de Janeiro: São Paulo, SP: Fortaleza: ABC, 2006.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 13ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

_____. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1974.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Patrick Mariano. *Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (des)razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

_____. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO, Natália. Sistema penitenciário brasileiro. *Evolução da população carcerária (1990-Outubro 2010)*. Instituto de Pesquisa e Cultura LFG. 2011. Dados disponíveis em: http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceosp/pesquisa/PESQUISA_LFG_SISTEMA_PENITENCIARIO.pdf.

MACHADO, Fábio Cardoso. MACHADO, Rafael Bicca (coords.) – *A reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quarter Latin, 2006.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. edição. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de processo penal*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PINTO, Antônio José Azevedo. *A prisão cautelar no Brasil: aspectos constitucionais e processuais penais*. São Paulo: Ed. Liber Juris, 1998.

REALE, Miguel. *Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar: medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 9, janeiro a junho 2007.

_____. *Constituição e proporcionalidade e direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 47, 2004.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*. 4ª edição. Brasília: STF, 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

_____. *Quem são os criminosos?* 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 14ª ed. Volume III. Ed. ABDR, 1999.

VARELLA, Dráuzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

WEDY, Miguel. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.