

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA - ASCES/ UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**PRISÃO PREVENTIVA: *ULTIMA RATIO* OU REGRA? UMA ANÁLISE
DAS PRISÕES PREVENTIVAS E SEU CARÁTER SELETIVISTA**

RODRIGO DOS SANTOS SILVESTRE

**CARUARU
2018**

RODRIGO DOS SANTOS SILVESTRE

**PRISÃO PREVENTIVA: *ULTIMA RATIO* OU REGRA? UMA ANÁLISE
DAS PRISÕES PREVENTIVAS E SEU CARÁTER SELETIVISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao
Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/
UNITA, como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Adrielmo de Moura Silva

**CARUARU
2018**

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/____

Presidente: Prof. Msc. Adrielmo de Moura Silva

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

RESUMO

A prisão preventiva, medida prevista no código de processo penal e que é possível quando ainda não houve a sentença condenatória em casos de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Tal medida deve sempre ser utilizada como *ultima ratio* devido aos grandes danos que pode trazer para a vida do acusado e observando que existem outras medidas cautelares alternativas a prisão, deve sempre ser decretada em último caso para garantir diversos princípios constitucionais que a sua aplicação poderia vir a ferir. É notório, porém a banalização das prisões cautelares quando se passa a analisar o percentual de presos sem condenação que se encontram encarcerados no nosso país e mais ainda é possível estabelecer um perfil da população carcerária brasileira onde a porcentagem de negros nos presídios é assustadora e mais ainda o percentual de pessoas analfabetas ou de baixa escolaridade. Pretende-se por meio desse trabalho analisar o caráter seletivista das prisões preventivas, assim como do sistema penal como um todo e o que isso vem a trazer de males a sociedade, como a discriminação e a falta de cuidado do judiciário com relação a essas classes da sociedade, mediante uma abordagem qualitativa e quantitativa e valendo-se do método hipotético- dedutivo. Cabe também falar da falta de uso das medidas alternativas à prisão que atualmente com a nova redação trazida pela Lei 12.403/2011, o juiz passou a ter um leque maior de opções de medidas mais brandas e que podem ser usadas de maneira isolada ou cumulativa. Em razão disso, um uso maior delas ajudaria em vários problemas do judiciário como o a diminuição da população carcerária acarretando assim na diminuição do déficit de vagas dos estabelecimentos prisionais e diminuiria os males que uma prisão provisória poderia trazer a vida do indivíduo.

Palavras-chave: Prisões preventivas; Seletivismo; *Ultima Ratio*; População Carcerária; Presídios.

ABSTRACT

The preventive detention, measure planned in the Code of Criminal Procedure and can be decreed when has not yet been the guilty verdict in cases of public order guarantee, of economic order, for convenience of criminal instruction, or to ensure the application of criminal law. Such a measure should always be use like *ultima ratio* because of the major damage which may come to accused's life and observing that exist others precautionary measures alternatives to the detention, should always be decreed in last case to ensure various constitutional principles that its application could come to injure. It is conspicuous, although the pre-trial detention's trivialization when it comes to analyzing the prisoners without conviction percentage that are incarcerated in our country and even more is possible to establish a profile of the brazilian incarcerated population where the percentage of blacks in prisons is scary and even more the percentage of illiterate people or low schooling. It is intended by this work analyze the selectivist character of preventive detention, as well as the penal system as a whole and which evils will it bring to society, like discrimination and the lack of care of the judiciary with regard to these classes of society, considering a qualitative and quantitative approach based on the hypothetical-dedutive method. It should also talk about de lack of use of alternative measures to the prison which currently with the new wording introduced by Law 12.403/2011, the judge has become a wider range of options for milder measures that can be used in isolation way or cumulative. As a result, a greater use of them would help in vários problems of the judiciary, like as the reduction of the prison population, thus reducing the deficit of vacancies in prisons and reducing the ills that a pre-trial detention could bring to the individual's life.

Key-words: Preventive prisons; Selectivist; *Ultima Ratio*; Incarcerated population; Prisons.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 ANÁLISE DAS PRISÕES: PRINCÍPIOS E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA.....	07
2 PRISÕES PREVENTIVAS: HIPÓTESES DE CABIMENTO E ALTERAÇÕES DA LEI Nº 12.403/11.....	11
3 CARÁTER SELETIVISTA DAS PRISÕES PREVENTIVAS.....	16
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	21
REFERÊNCIAS.....	22

INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é uma medida prevista no Código de Processo Penal e sua decretação é de extrema importância para garantir a ordem pública, para assegurar a aplicação da lei e outras hipóteses que trata o CPP. Porém, por ser uma medida muito grave e no momento processual onde pode ser aplicada ainda não há uma sentença condenatória transitada em julgado, deve sempre ser utilizada como a última medida cabível por ser uma das mais graves trazidas pelo legislador.

Compreende-se também que, com a nova redação de alguns artigos do Código de Processo Penal que a Lei nº 12.403/2011 trouxe, o magistrado possui outras alternativas menos gravosas além da prisão cautelar e que, dependendo do caso podem ser eficazes para garantir o andamento do processo.

Por outro lado, uma problemática bastante visível na sociedade é a banalização dessa medida, principalmente quando o acusado é de classes marginalizadas da sociedade, como negros, pobres, analfabetos e etc. Classes essas que por não possuírem muita assistência jurídica, perecem a cada dia no nosso sistema carcerário quando muitas vezes, quando julgados não serão condenados, ou virão a ter cumprido uma pena mais grave que aquele que o magistrado determinará no fim do processo.

A partir de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema, assim como analisando o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Infopen, busca-se apresentar uma análise sobre o caráter seletivista das prisões preventivas no judiciário pátrio, se propondo a mostrar que os magistrados aplicam a prisão cautelar de forma automática e discriminatória quando se tratam de réus pobres. O artigo também se propõe a realizar uma análise da aplicação das medidas cautelares que a Lei 12.403/2011 trouxe para o Código de Processo Penal, que na prática deveriam ser utilizadas como medida diversa a prisão cautelar que, devido ao seu elevado grau danoso, só deveria ser utilizada como última medida.

Na primeira seção deste artigo tratará da pena e da prisão e princípios constitucionais e infraconstitucionais relativos a esse tema, abordando através da doutrina e jurisprudência o quanto uma prisão ilegal e que não cumpre os requisitos para sua decretação fere princípios e causar prejuízos irreparáveis na vida do indivíduo encarcerado.

A segunda seção, tratará dos requisitos necessários para a decretação de uma prisão preventiva, assim como serão analisadas as mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011 que dizem respeito às medidas diversas à prisão cautelar e sua efetiva utilização pelos magistrados.

Concluindo na terceira seção, a análise do aspecto seletivista das prisões preventivas, onde as pessoas com maiores condições financeiras e conhecimento são uma pequena parcela da população carcerária, enquanto que os pobres, negros e de baixa escolaridade são tidos como culpados pela mídia e pelo judiciário desde o princípio, quebrando diversos princípios assegurados pela nossa Carta Magna.

1 ANÁLISE DAS PRISÕES: PRINCÍPIOS E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A Constituição Federal de 1988, no artigo primeiro elenca os seus fundamentos e posiciona a dignidade da pessoa humana como um dos princípios basilares. Desta forma, a Constituição não só tenta assegurar a vida das pessoas, mas intenta por uma vida digna, de onde surgem diversos outros princípios constitucionais que visam garantir essa dignidade, como a presunção de inocência, contraditório e a ampla defesa e o direito à liberdade.

Ao se tratar do poder de punir é necessário observar que o Estado tomou para si e se tornou titular desse poder-dever, porém, esse poder que o Estado possui não pode ser usado ao seu bel prazer devendo sempre ocorrer através de um, como bem enfatiza Fernando Capez (2016, p.45):

Nesse ponto entra o processo penal. A jurisdição só pode atuar e resolver o conflito por meio do processo, que funciona, assim, como garantia de sua legítima atuação, isto é, como instrumento imprescindível ao seu exercício. Sem o processo, não haveria como o Estado satisfazer sua pretensão de punir, nem como o Estado-Jurisdição aplicá-la ou negá-la.

Desta forma, imprescindível é que, para a devida aplicação de uma pena, seja ela definitiva ou preventiva, sejam observadas todas as garantias e direitos trazidos pelo Código de Processo Penal. Analisando a prisão no Brasil, medida essa que, principalmente quando ocorre em sede cautelar, se decretada sem a devida análise é uma gravíssima violação ao direito à liberdade do acusado, uma vez que deve

sempre ser decretada como última medida, tendo em vista o elevado número de mazelas que pode trazer para a vida da pessoa encarcerada, pois, nas palavras de Loic Wacquant (1999. p. 7):

O que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (nos distritos policiais, os detentos, frequentemente inocentes, são empilhados, meses e até anos a fio em completa ilegalidade, até oito em celas concebidas para uma única pessoa...) negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde, cujo resultado é a aceleração dramática da difusão da tuberculose e do vírus HIV entre as classes populares; violência pandêmica entre detentos, sob forma de maus-tratos, extorsões, sovas, estupros e assassinatos, em razão da superlotação superacentuada, da ausência de separação entre as diversas categorias de criminosos, da inatividade forçada (embora a lei estipule que todos os prisioneiros devam participar de programas de educação ou de formação) e das carências da supervisão.

Importante é observar o sistema que o legislador trouxe ao se tratar da pena no artigo 59 do Código de processo penal, trazendo que o juiz deverá estabelecer a pena de forma que seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ou seja, a pena quando decretada, deverá punir o agente que transgrediu a lei, assim como deverá assegurar que aquela punição irá prevenir que outras pessoas venham a descumprir o ordenamento jurídico por medo da punição estatal.

Nas palavras do doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete (2005, p. 245) “a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção”, desta forma, oportuno se faz ressaltar o quão falho se encontra a pena quando se trata de seu caráter preventivo e ressocializador, pois, como seria possível ressocializar um indivíduo que nunca foi devidamente socializado? Que nunca foi tratado como ser humano? Francesco Carnelutti (2008, p. 26) leva a reflexão quando diz que “Basta tratar o delinquente, antes que uma fera, como um homem, para avaliar nele a incerta chama de pavio fumegante, que a pena, ao invés de apagar, deveria reavivar”.

O Código de Processo Penal, em seu Título IX, trata da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, neste primeiro momento mostra-se necessário conceituar a prisão preventiva que é o termo principal a ser exposto no presente trabalho e como versa Fernando Capez, a prisão preventiva trata-se de uma prisão

diferente da prisão-pena ou como também a chama, prisão penal, ocorrendo essa espécie de prisão quando há uma sentença condenatória transitada em julgado, com a finalidade de executar a decisão judicial (CAPEZ, 2016. Pag. 307).

Já a prisão preventiva se encontra em outra espécie, segundo Fernando Capez (2016, p. 307) se trata de uma prisão sem pena ou prisão processual, que ele conceitua da seguinte forma:

Trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da Investigação criminal, do processo penal ou da futura execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos. É imposta apenas para garantir que o processo atinja seus fins. Seu caráter é auxiliar e sua razão de ser é viabilizar a correta e eficaz persecução penal.

(...)

Há casos em que não se pode aguardar o término do processo para, somente então, privar o agente de sua liberdade, pois existe o perigo de que tal demora permita que ele, solto, continue a praticar crimes, atrapalhe a produção de provas ou desapareça, impossibilitando a futura execução. Compreende três hipóteses: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária.

Desta forma, quando se trata da prisão preventiva, medida esta prevista no Código de Processo Penal e, segundo o artigo 312, poderá ser decretada em desfavor do réu “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Condenar alguém a uma pena restritiva de liberdade em sede cautelar traz diversos danos, principalmente quando ainda não há a devida apuração dos fatos e que em alguns casos, se condenado, o indivíduo viria a ter o cumprimento de sua pena em um regime menos gravoso e cumpriria uma pena mais branda que a que foi condenado provisoriamente, como ocorre em casos que, com a pena fixada próximo ao seu mínimo legal, o acusado teria direito ao regime aberto ou semi-aberto. Acerca desse tema, vejamos o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE DESDE 31.10.2014. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INSTRUÇÃO PROCESSUAL ENCERRADA. PROCESSO COMPLEXO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DESCABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA POR EXIGÊNCIA

DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CRIME DE TRÁFICO. PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. CUSTÓDIA CAUTELAR DESPROPORCIONAL. INVIABILIDADE DA PRISÃO. TODA MEDIDA CAUTELAR – ESPECIALMENTE A PRISÃO PREVENTIVA – TEM QUE SER PROPORCIONAL COM A PROVÁVEL SOLUÇÃO DE MÉRITO DA AÇÃO PENAL. A RÉ É PRIMÁRIA E SEM ANTECEDENTES, CONFESSOU A PRÁTICA DO DELITO ESPONTÂNEAMENTE E NÃO HÁ INDÍCIOS QUE INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EVENTUAL CONDENAÇÃO SERÁ CUMPRIDA EM REGIME MENOS GRAVOSO DO QUE O ATUALMENTE IMPOSTO. APLICAÇÃO DO CHAMADO PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] 5. Considerando as circunstâncias judiciais favoráveis, a presença de atenuante (art. 65, inciso III, alínea “d” do CP), assim como a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/05, constata-se que, em caso de eventual condenação, a paciente iniciará o cumprimento de pena em regime menos gravoso do que se encontra atualmente. 6. Segundo o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, não se mostra razoável manter alguém preso cautelarmente em regime mais gravoso do que aquele que, ao final do processo, será eventualmente imposto. [...] 8. Ordem parcialmente concedida para substituir a preventiva por medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, determinando a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não deva permanecer presa. (TJPE, Primeira Câmara Regional de Caruaru – Primeira Turma, Habeas Corpus Nº 0422234-8, Relator: Des. José Viana Ulisses Filho, Publicação em: 07/03/2016).

O princípio da homogeneidade preceitua que a medida cautelar deverá ser proporcional a sanção que o acusado poderá receber no fim do curso do processo, caso haja a devida condenação, não devendo no caso, ser imposta ao indivíduo uma pena provisória que restrinja a sua liberdade, quando a pena aplicada na procedência do pedido seja menos severa que a que sofreu cautelarmente.

Aparentemente, em casos como esse, manter a prisão cautelar fere diversos outros princípios além da homogeneidade, inclusive um ponto de relevante valor a ser analisado é sobre a duração razoável do processo, que é um direito subjetivo que se encontra previsto na Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LXXVIII, que dispõe que “a todos, âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Porém, é notória a morosidade em todo o Judiciário do país, que faz com que os processos tramitem por anos até que seja decretada a sentença que julgue se o réu é culpado ou inocente, desta forma, muitas vezes é possível que o

acusado, sendo condenado, tenha pagado provisoriamente uma pena maior e mais grave que a imposta na sentença.

Há também de se falar no princípio da presunção de inocência e da não culpabilidade, uma vez que, se ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, fazer com que o denunciado da ação tenha sua liberdade cassada sem as devidas razões legais não se trata de uma punição antecipada por um crime que até última prova em contrário ele deveria ser considerado inocente?

Cabe dizer da mesma forma que a presunção de inocência, além disso, traz uma proteção externa ao processo, assegurando que não haja publicidade abusiva e precoce do réu, situação que acontece todos os dias nos telejornais, pois os acusados são tratados como se já fossem réus condenados e não como pessoas titulares de direitos que presumidamente devem ser consideradas não culpadas.

2 PRISÕES PREVENTIVAS: HIPÓTESES DE CABIMENTO E ALTERAÇÕES DA LEI Nº 12.403/11

Inicialmente, o Código de Processo Penal possuía na sua redação original de forma não expressa à prisão preventiva obrigatória e a facultativa, pois o artigo 312 trazia que seria decretada a prisão preventiva nos crimes com pena de reclusão de 10 anos ou mais, devendo o magistrado decretar a prisão nesta hipótese. A prisão facultativa era medida cabível quando haviam indícios de autoria e provas da materialidade, assim como a presença de outros requisitos. Porém, a prisão preventiva obrigatória foi extinta com a Lei nº 5.349/67 que trouxe um novo texto para o artigo 312 do Código de Processo Penal (LIMA, 2012, p. 1312). A prisão preventiva pode ser definida da seguinte forma, como bem aduz Nestor Távora e Rosmar Alencar (2013. p. 579-580):

É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admiti-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro

probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento.

Após várias alterações no CPP e agora com a criação e a então entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011 que trouxe nova redação a diversos artigos relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, prisão preventiva e demais medidas, o juiz que outrora só possuía duas possíveis medidas cautelares, decretar a prisão provisoriamente ou conceder-lhe o direito de responder o processo em liberdade, passou a ter diversas outras medidas cautelares para aplicar preferencialmente e só em último caso deverá ser decretada a prisão preventiva conforme as palavras do doutrinador Fernando Capez (2016, p. 304):

A partir da nova Lei, a decretação da prisão provisória exige mais do que mera necessidade. Exige a imprescindibilidade da medida para a garantia do processo. A custódia cautelar tornou-se medida excepcional. Mesmo verificada sua urgência e necessidade, só será imposta se não houver nenhuma outra alternativa menos drástica capaz de tutelar a eficácia da persecução penal.

Essas medidas visam assegurar os princípios constitucionais, uma vez que o indivíduo só deverá ter tolhido o seu “*status liberatis*” após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O magistrado só deve aplicar a prisão preventiva como *ultima ratio*, tendo em vista seu elevado grau danoso na vida do acusado.

Com essas alterações o Artigo 282 do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação e referente à prisão preventiva, mostra-se importante expor o texto do § 6º do citado artigo:

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

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

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

[...]

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

Com relação aos requisitos para a decretação da prisão preventiva, é necessário que estejam presentes os requisitos legais que o artigo 313 do Código de

Processo Penal elenca, assim como ocorram os motivos que autorizam a prisão preventiva que são listados no artigo 312 do CPP e também que sejam insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 também do CPP (LIMA, 2012, p. 1319), uma vez que, como bem é tratado por J. J. Gomes Canotilho (1989. p. 488) “uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas coativas de direito, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados obtidos”

O Artigo 312 do Código de Processo Penal preceitua que poderá ser decretada a prisão preventiva como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, analisando o artigo supracitado fica claro que, como enfatiza Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim (2013, p. 282):

Assim, se examinarmos detidamente o preceito atual do art. 312 do Código de Processo Penal, nele veremos expressos os dois requisitos basilares para a caracterização das medidas cautelares: o referido *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O primeiro dos requisitos fica patenteado pela necessidade de o Juiz verificar se, no inquérito ou processo, encontra-se provada a existência material de infração e se há pretensão punitiva estatal, a medida provisória tomar-se-ia verdadeiramente odiosa.

(...)

O segundo requisito, o perigo na demora do processo de conhecimento, encontra-se exigido pelo legislador pátrio quando se refere à decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública ou para assegurar a aplicação da lei penal. A norma, nesta hipótese de urgência, torna-se impaciente, podemos assim dizer, procurando antecipar o provimento jurisdicional que se acena como provavelmente condenatório, a fim de afastar um perigo determinado e iminente.

O CPP ao usar a expressão prova de existência do crime e indício suficiente de autoria no artigo 312, torna necessário o *fumus comissi delicti*, ou seja, a fumaça da prática de um delito. É necessário que existam indícios suficientes da autoria, indícios esses que tal qual Antônio Magalhães Gomes Filho traz são aqueles autorizam “um prognóstico de um julgamento positivo sobre a autoria ou a participação” (2001. p. 223).

Ao se tratar do *periculum libertatis*, algo vital para a decretação da prisão preventiva e que se encontra nos fundamentos do artigo 312 do Código de

Processo Penal e se faz necessário apenas à configuração de um dos fundamentos, sendo dispensável a presença de todos, mas havendo mais de um o magistrado deve mencionar e fundamentar cada um deles na decisão (LIMA, 2012, p. 1321).

A Lei 12.403/2011 trouxe algumas alterações ao art. 313, artigo que apresenta as hipóteses em que a prisão preventiva pode ser decretada, conforme o artigo 313 do Código de Processo Penal:

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

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

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

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

IV – (revogado)

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

Fica claro com após a leitura do artigo que só é cabível a decretação da medida cautelar se tratando de crimes dolosos e seguindo o preceito do princípio da proporcionalidade, o inciso I só permite a decretação da prisão em crimes com pena privativa de liberdade superior a quatro anos evitando minimamente que o indivíduo cumpra um regime mais gravoso, quando na verdade poderá ter sua pena convertida em restritiva de direito ou cumprir sua pena no regime aberto. Certo que, a prisão preventiva sempre será usada como *extrema ratio*, ou seja, sempre será necessária que seja analisada como primeira opção a possibilidade de aplicação de alguma medida diversa a prisão prevista nos artigos 319 e 320 e só terá de ser aplicada a prisão quando as outras medidas alternativas não forem eficazes no caso em questão (BADARÓ, 2011. p. 223).

A Lei 12.403/2011 trouxe então um leque maior de opções de medidas cautelares diversas da prisão para o magistrado aplicar de acordo com o caso concreto, tendo dessa forma, nove medidas previstas no artigo 319 do CPP e que são aplicáveis isoladamente ou cumulativamente, a depender da necessidade e das

peculiaridades do caso em questão, sempre observando os critérios de legalidade e proporcionalidade (LIMA, 2012. p. 1438).

As medidas trazidas pelo artigo 319 são:

- I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II – proibição de acesso ou frequência de determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputáveis ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX – monitoramento eletrônico.

Ocorre, entretanto um temor por parte dos magistrados do uso dessas medidas pela ausência de uma estrutura adequada para a imposição e fiscalização delas, voltando então para o uso da prisão cautelar, mesmo sacrificando a liberdade de locomoção do indivíduo (LIMA, 2012. p. 1431).

Desta forma, a prisão preventiva que só precisará ser decretada se observados todos esses requisitos e não havendo outra medida cabível para sanar o problema, uma vez que, a liberdade do indivíduo deve ser respeitada e o indivíduo só deverá ter o seu *status libertatis* retirado após sentença condenatória transitada em julgado, obedecendo o devido processo legal e também a presunção de inocência e não culpabilidade prevista no Art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988 e como bem ressalta Aury Lopes Jr. (2011, pág. 53 e 54):

A presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab) uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi devidamente condenado?).

Analisando assim, decretar a prisão cautelar do acusado quando não há motivos legais para a aplicação desta medida e sim mero ato automático dos magistrados. Pois observando que mesmo com as novas medidas aplicáveis trazidas pela Lei nº 12.403/2011 que possuem um caráter menos gravoso, porém mesmo assim eficazes para garantir a investigação criminal e permitir a efetividade do direito penal ou a segurança social, continua-se a utilizar a prisão como regra e não como última medida cabível.

O texto legal assegura que esta medida deve ser utilizada como *ultima ratio*, sob pena de se antecipar a punição do réu da ação penal sem que tenha havido o deslinde do processo e a devida condenação ou absolvição do réu e há de se ver a real necessidade de se prender preventivamente ou se manter a prisão preventiva de um indivíduo observando indícios de que uma vez solto, o indivíduo causaria perigo à investigação criminal, ao processo penal, à efetividade do direito penal ou à segurança social.

3 CARÁTER SELETIVISTA DAS PRISÕES PREVENTIVAS

Analisando os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Infopen do ano de 2014, se tem a informação de que “No Brasil, cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade são presos sem condenação. Significa dizer que quatro a cada dez presos estão encarcerados sem terem sido julgados e condenados”. (INFOPEN. 2014 p. 21) Dados esses que corroboram o desuso das medidas cautelares alternativas à prisão.

Alarmante é observar o perfil da população carcerária brasileira, onde é notório o seletivismo e a marginalização dos negros e pobres, quando se atenta que cinquenta e um por cento da massa do país são de negros e o percentual da população carcerária é de etnia negra é de sessenta e sete por cento, contra trinta e um por cento de etnia branca, havendo nesse ângulo uma seletividade racial como bem explica Salo de Carvalho (2014. p. 649):

A seletividade racial é uma constância na historiografia dos sistemas punitivos e, em alguns casos, pode ser ofuscada pela incidência de variáveis autônomas. No entanto, no Brasil, a população jovem negra, notadamente aquela que vive na periferia dos grandes centros urbanos, tem sido a vítima preferencial dos assassinatos encobertos pelos “autos de resistência” e do encarceramento massivo, o que parece indicar que o racismo se infiltra como uma espécie de metarregra interpretativa da seletividade, situação que permite afirmar o racismo estrutural, não meramente conjuntural, do sistema punitivo.

Observando o perfil da população carcerária brasileira no tocante ao grau de escolaridade, nota-se, de primeira análise o elevado número de pessoas mais humildes e que diante das dificuldades em conseguir assistência jurídica, perecem no cárcere. Sobre os dados pertinentes a escolaridade o relatório do Infopen (2014 p. 58) expõe:

O grau de escolaridade da população prisional brasileira é extremamente baixo. Como evidencia a figura 42, aproximadamente oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50%. Ao passo que na população brasileira cerca de 32% da população completou o ensino médio, apenas 8% da população prisional o concluiu. Entre as mulheres presas, esta proporção é um pouco maior (14%).

Tem-se então que refletir para o estereótipo formado daqueles que seriam previamente catalogados como delinquentes, como bem aduz Eugênio Raul Zaffaroni (2007. p. 34):

dependentes químicos, imigrantes, e jovens subproletários são, em número crescente, os destinatários principais da reclusão, por causa do aumento da desocupação, de pobreza, da simultânea crise do Estado do bem-estar e de suas prestações assistenciais e, por outro lado, da crescente onda repressiva que anima a opinião pública mobilizada contra os fracos e diferentes. Contra esses a justiça penal é extraordinariamente rápida e eficiente.

De igual forma trata Vera Regina Pereira de Andrade onde aduz que aponta que os usuários do sistema penal são basicamente pobres e isso não decorre da maior probabilidade para delinquir, mas sim porque as suas chances de serem criminalizados são sempre maiores com relação as classes mais elevadas, resultando na desigualdade no sistema penal (ANDRADE, 2003. p. 270).

Tal posicionamento encontra respaldo quando o Direito Penal demonstra uma inclinação a favorecer as classes dominantes, suavizando do processo de criminalização, tipos penais relativos a essa classe e direciona essa criminalização as classes menos favorecidas (BARATTA, 2011. p. 165). Como bem expõe o Magistrado Amilton Bueno de Carvalho (2003. p. 27-28) em uma de suas obras:

[...] b) dirão alguns que a lei penal tipifica aqueles comportamentos que ofendem mais à moralidade média. Será verdade? Vejamos o que nos causa maior desagrado: a ofensa à honra (injúria), a ofensa ao corpo (lesão leve), ou a ofensa ao patrimônio (uma pessoa com grave ameaça que subtraia um relógio- roubo)? Evidente que a ordem de desagrado é em primeiro lugar a honra, após o corpo e depois o patrimônio. Quais as penas? Detenção de uma a seis meses ou multa (art. 140 do CP); detenção de três meses a um ano (art. 129); reclusão de quatro a dez anos (art. 157), respectivamente. Surge uma questão básica: quem pratica o roubo, ou seja, a subtração de coisa móvel mediante grave ameaça? Evidente que é o pobre. Os outros dois delitos os não-pobres praticam, o de roubo não! Para quem foi feito o dispositivo legal com tamanha pena?

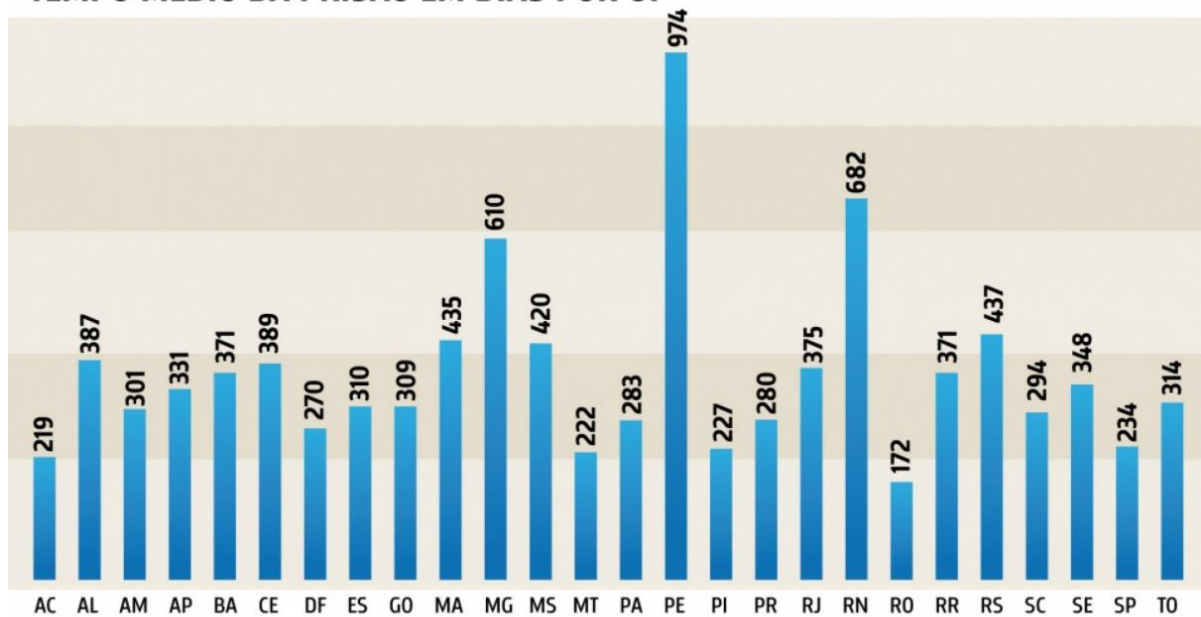
c) outro exemplo é mais chocante: imaginemos o mesmo delito de roubo (mediante grave ameaça subtraiam um relógio) em confronto com o delito de esbulho possessório (mediante grave ameaça invadam um imóvel – art. 161 do CP). Os crimes são praticamente idênticos, só diferem que num o objeto é móvel, noutro é imóvel. Como valoramos mais o imóvel, este deveria ser melhor protegido. Mas não é. A pena daquele é de quatro a dez anos, e este é de uma a seis meses. Pergunta-se: quem comete roubo de relógio? Algum latifundiário? Ora, a subtração de móvel é crime do pobre, o esbulho possessório é do rico. Logo, as penas são diferentes, absurdamente diferentes. Todavia, como atualmente o povo (= pobre) está invadindo terras, aparecem democratas preocupados com a segurança do país e propõem a elevação das penas do esbulho, o que por certo logo virá;

E quando se aduz aos dados das prisões preventivas, que como já foi abordado anteriormente, mais de um terço da população carcerária ainda não foram condenados e enxergando o perfil dos presos brasileiros é notória a estigmatização sobre a parcela pobre, negra, de baixa ou de nenhuma escolaridade presos cautelarmente e que, devido à dificuldade de obtenção de assistência jurídica, por a maioria não possuir recursos financeiros para pagamento de custas com advogados e serem assistidos pela Defensoria Pública que conta com quadro insuficiente para suprir a demanda, essa fração da sociedade permanece sem assistência e o uso da prisão preventiva segundo Aury Lopes Jr. Prejudica ainda mais pois, conforme traz:

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Ademais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois se prende para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Tal atitude do judiciário acaba por acarretar em diversos outros problemas, como a marginalização e o encarceramento de pessoas que ainda não foram devidamente condenadas e que podem vir a ser absolvidas, assim como, como já foi tratado, arrisca-se a cumprir uma pena maior ou em um regime mais grave que aquele que a sentença condenatória viria a estipular, situação essa que fere o princípio da homogeneidade uma vez que, segundo esse princípio, a medida cautelar e a pena resultado da condenação após todo o trânsito do processo são algo homogêneo, ou seja, são partes de um todo, nunca devendo o réu ter a aplicação de uma medida cautelar mais rigorosa que a pena que eventual terá uma vez condenado. Conforme gráfico feito pelo Conselho Nacional de Justiça através do levantamento realizado através do plano de trabalho enviado para o CNJ de vinte e cinco tribunais estaduais brasileiros:

TEMPO MÉDIO DA PRISÃO EM DIAS POR UF



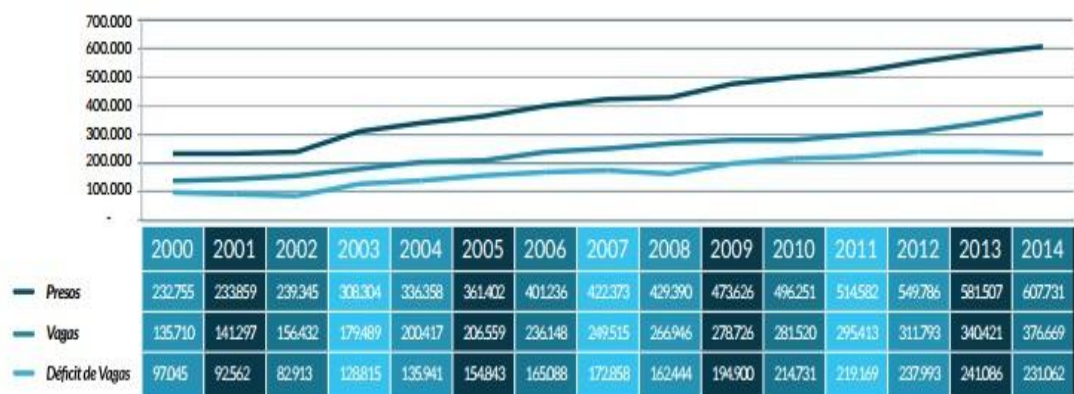
Fonte: Levantamento do CNJ com Tribunais de Justiça (jan./17)

Wagner Ulisses/Arte CNJ

Analisando tal gráfico, é inegável reconhecer que as prisões cautelares na maioria dos estados não possuem uma duração baixa, observando então o estado de Pernambuco que possui tempo médio da prisão em 974 dias, tempo esse que corresponde a mais de dois anos e meio, não seria então a prisão preventiva uma antecipação da pena? Ou pior ainda em casos onde no fim do processo fica provada a inocência da pessoa acusada, sendo a prisão preventiva não uma antecipação e sim o pagamento por algo que não cometeu.

Ponderoso também é reflexionar acerca do efetivo uso das medidas alternativas à prisão e se através da sua utilização, o número de encarcerados provisórios diminuiria, minimizando a superlotação dos presídios, certo que, de acordo com os dados do Infopen de 2014 sobre o déficit do número de vagas é inquietante como mostra o gráfico a seguir:

Figura 12. Evolução histórica da população prisional, das vagas e do déficit de vagas



Fonte: Infopen

Segundo esse relatório em 2014 “Cerca de 64% das vagas do sistema prisional são destinadas a pessoas condenadas, sendo 44% para condenadas em regime fechado, 18% em regime semiaberto e 2% em regime aberto. Quase um terço das vagas é destinado a presos sem condenação” (INFOPEN. 2014 p. 25) o que acarreta numerosos outros prejuízos no sistema penitenciário e na vida daqueles que são condenados provisoriamente ou não a ter seu direito a liberdade tolhido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o exposto depreende-se que a prisão preventiva é uma medida necessária e em alguns casos, essencial para a garantia da ordem pública, assegurar a instrução criminal entre outros casos. Contudo, como o próprio legislador determinou, só deverá ser usada em último caso e não como algo automático e sendo praticamente a primeira medida a ser utilizada, principalmente quando o acusado faz parte da parcela marginalizada da população.

A prisão só deverá ser decretada em caso de extrema necessidade, uma vez que existem outras medidas cabíveis que são alternativas a prisão e considerando a morosidade do judiciário e a possibilidade de se cumprir a pena antes mesmo do indivíduo ser considerado culpado ou não.

Analisando os dados apresentados foi possível também determinar um perfil na população carcerária brasileira e notório se faz a observância do caráter seletivista das prisões, sejam elas provisórias ou definitivas, assim como no próprio sistema penal onde as penas de crimes comuns desta parte da sociedade possuem penas mais severas dos que os crimes cometidos pelas classes mais altas.

Com um percentual tão alto de pessoas encarceradas de baixa ou de nenhuma escolaridade fica a indagação se as pessoas da alta sociedade não cometem crimes ou se na verdade o cometem, mas essas sim têm seus direitos de presunção de inocência, devido processo legal, dignidade da pessoa humana entre outros respeitados, enquanto que o negro e o pobre devem permanecer encarcerados porque o Estado não tem condições de monitorar e fiscalizar o efetivo cumprimento das medidas alternativas a prisão.

Diante disto, ainda é possível tratar da superlotação dos presídios e do déficit crescente de vagas e das condições miseráveis que aqueles que têm seu direito a liberdade tolhido são submetidos, segundo os dados, uma grande parte dos encarcerados estão presos provisoriamente, quando, em alguns casos poderiam ser utilizadas outras medidas como as que a Lei nº 12.403/2011 trouxe para o Código de Processo Penal e que se utilizadas poderiam diminuir o número de presos, melhorando o déficit de vagas e talvez amenizando os males na vida dos que deveriam sim está cumprindo suas penas no sistema penitenciário.

Uma forma de conter esse seletivismo nas prisões e no sistema penal como um todo seria um investimento maior nas assistências gratuitas como a Defensoria Pública, programas de assistência jurídica nas faculdades públicas ou particulares que visam atender e esclarecer os problemas jurídicos das pessoas mais carentes, assim como um investimento por parte do Estado na criação de mecanismos fiscalizadores para as medidas cautelares, que por não existirem, ou não serem eficazes, são utilizados como justificações para a decretação da prisão cautelar e não outra medida alternativa a prisão.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: do Controle da violência à violência do controle penal**. 2 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado editora: 2003

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Medidas Cautelares no Processo Penal – Comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011**. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2011.

BARATTA, Alessandro, **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**.6º ed. Rio de Janeiro, Revan: 2011.

BRASIL. **Código de Processo Penal**: Brasília, DF, 03 de outubro de 1941. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 de maio 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: atualizada até a Emenda Constitucional nº 91. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 maio 2017.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen de Junho de 2014 – Ministério da Justiça**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 14 de novembro de 2017.

_____. **Levantamento Dos Presos Provisórios Do País E Plano de Ação dos Tribunais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento->

dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais. Acesso em 14 de novembro de 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª Ed. Coimbra. Almedina: 1989.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 1º ed. Campinas, Russell Editores: 2008

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo**. 6º ed. Rio de Janeiro. Lumem Juris: 2003.

CARVALHO, Salo de. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67

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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2001

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, Vol. I**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Impetus: 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, 5º Ed. vol. II, Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direto Penal**. 22º ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA JARDIM, Afrânio e SOUTO MAIOR COUTINHO DE AMORIM, Pierre. **Direito Processual Penal**. 12º ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2013.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 101827 - RJ**. 5º Turma. Brasília, 10 de março de 2009. Publicação: DJe de 30/03/2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador, JusPODIVM: 2013

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO, PRIMEIRA CÂMARA REGIONAL DE CARUARU. **Habeas Corpus nº 0422234-8 – PE**. 1º Turma, Caruaru, Publicação: 07/03/2016.

*ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. V.1. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.***

WACQUANT, Loic. **As Prisões da Miséria**. Editora Sabotagem, 1999.