

MODALIDADES DE PRISÃO: ANÁLISE DO AMPARO JURÍDICO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

MODALITIES OF PRISON: ANALYSIS OF THE LEGAL PROTECTION OF PREVENTIVE DETENTION IN BRAZIL

CARVALHO, Ronaldo Fernandes de¹
STECCA, Thiago Freitas²

RESUMO

O presente artigo busca analisar o amparo jurídico das diferentes modalidades de prisão segundo a ordem constitucional vigente, tendo como principal foco a análise do amparo jurídico da prisão preventiva no Brasil. Para tal, fez-se necessário o levantamento bibliográfico das várias espécies de prisões previstas no ordenamento processual penal brasileiro, a saber: prisão temporária, prisão decorrente de pronúncia, prisão em flagrante e prisão preventiva, salientando suas principais características e diferenças, para que então pudesse ser feita uma análise específica e atual do amparo jurídico da prisão preventiva no país. Nesta pesquisa foi explanado os fatores que levam a prisão preventiva a ser uma modalidade extremamente contestada dentro do sistema constitucional brasileiro, visto que, por vezes, sua aplicação é considerada discricionária e não congruente com uma de suas principais características como medida cautelar: a ordem pública. Como resultado da análise, observou-se que o caos existente no Sistema Prisional Brasileiro é um reflexo da banalização do uso da prisão preventiva, que por sua vez, deve ser tratada com total prudência, já que sua principal característica consiste na retirada da liberdade do indivíduo.

Palavras-chave: Direito penal. Modalidades de Prisão. Prisão Preventiva. Ordem Pública. Sistema Prisional Brasileiro.

ABSTRACT

This article sought to analyze the legal protection of the different types of imprisonment according to the current constitutional order, having as main focus the analysis of the legal amparo of the preventive detention in Brazil. In order to do that, a bibliographic survey of the various types of prisons established in the Brazilian criminal procedural law was necessary, namely: temporary arrest, imprisonment resulting from pronouncement, arrest in flagrante and preventive detention, highlighting its main characteristics and differences, so that could be made a specific and current analysis of the legal protection of preventive detention in the country. This research explores the factors that lead to preventive detention to be a highly contested modality within the Brazilian constitutional system, since sometimes its application is considered discretionary and not congruent with one of its main characteristics as a precautionary measure: the public order. As a result, it was observed that the chaos existing in the Brazilian Prison System reflects the banalization of the use of

¹Aluno do Curso de Programa de Pós-Graduação e Extensão do Comando da Academia de Polícia Militar de Goiás – CAPM, ronaldorfc@hotmail.com; Posse – Go, Maio de 2018.

²Professor orientador: Pós-graduado do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás - CAPM, f_stecca@hotmail.com, Guapó – Go, Maio de 2018.

preventive detention, which in turn must be treated with total prudence, since its main characteristic is the removal of the individual freedom.

Keywords: Criminal law. Modalities of Imprisonment. Preventive Arrest. Public order. Brazilian Prison System.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar os meios que o Estado dispõe para cercear a liberdade do indivíduo, em especial, a prisões penal e processual, sendo a primeira decorre de condenação, resultando de uma pena definitiva imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, e a segunda aquela decretada na fase investigativa ou no curso do processo criminal, imposta com finalidade cautelar e destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal.

Na gênese da história humana, à autotutela se sobressaía como uma forma de defesa exercida pelos particulares na proteção dos seus direitos. A biografia das civilizações tem revelado que a sociedade, em seu grau de desenvolvimento primitivo, sempre esteve moldada a normas de comportamento, competindo a cada qual zelar os seus direitos, defendê-los quando estivessem ameaçados e punir da forma que podia os violadores. Essa é a denominada justiça de mãos próprias ou ainda justiça privada.

Naquele momento, a forma de proteção ao direito era exercida por meio da “justiça privada”, mas, surgiu a figura do Estado, assumindo para si um pouco das liberdades de cada particular e comprometendo-se a resguardar os seus membros de todas as tentativas ou transgressões às suas liberdades. Como corolário de tal encargo, nasce como Estado o jus puniendi, o reverso da fração é o surgimento de um direito/dever do Estado de resolver todas as lides (conflitos) submetidas a seu crivo, contra quem quer que atente contra os direitos de outrem, adquirindo assim, essa nova ordem estabelecida, o poder de decidir e sujeitar os indivíduos de uma sociedade ao cumprimento de suas decisões inclusive, restringindo a liberdade através do encarceramento.

Com base no exposto acima, este artigo possui como objetivo analisar o amparo jurídico da prevenção preventiva no Brasil, tendo em vista suas premissas e

aplicabilidade pelo Sistema Prisional Brasileiro. O intuito da pesquisa é fomentar a discussão sobre o tema e correlacioná-la com o existente caos no Sistema Prisional Brasileiro mediante as modalidades de prisão. Neste contexto, a presente pesquisa funda-se em fontes bibliográficas, documentais, jurisprudenciais e todas as demais informações encontradas acerca do tema para alcançar o objetivo e resposta à problemática levantada.

Dessa forma, na revisão de literatura desse artigo, serão apresentadas as diferentes modalidades de prisão existentes na ordem constitucional vigente, abordando suas características e diferenças, sendo elas a prisão temporária, a prisão decorrente de pronúncia, a prisão em flagrante e, por fim, a prisão preventiva, principal foco deste estudo. É importante, contudo, evidenciar as características e premissas da prisão preventiva para que o objetivo final do trabalho seja alcançado.

Por fim, propõe-se analisar o uso da prisão preventiva e o seu amparo jurídico no Sistema Prisional Brasileiro atual, levantando críticas à sua aplicação, tendo como base os conceitos de prisão preventiva abordados na revisão de literatura. Questões sobre a manutenção da ordem pública e econômica também serão abordadas, bem como os direitos fundamentais de cada indivíduo.

2 REVISÃO DE LITERATURA

Em suma, a prisão pode ser prisão pena (prisão penal), ou prisão sem pena (prisão processual) a primeira decorre de uma condenação, é consequência de uma pena definitiva imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, onde o magistrado através da pena define o tempo em que o condenado será privado da liberdade, sendo determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Diferente de outras medidas, aqui não se vislumbra a finalidade acautelatória, muito menos a pena de natureza processual, e sim de medida penal direcionada à satisfação da pretensão executória estatal. Nesse tipo de cerceamento da liberdade de locomoção do indivíduo, após a condenação, na fase de execução da pena o criminoso é recolhido ao cárcere, sendo aplicada a

pena que foi determinada pelo magistrado ao término da ação penal contra ele instaurada, claro, com a observância do devido processo legal.

A consequência do *jus puniendi* estatal resulta na retirada do âmbito social, pelo Estado, daquele indivíduo delituoso, fazendo com que as pessoas lesionadas pela conduta do criminoso deixem de fazer justiça com as próprias mãos no intuito de reprimir àqueles delitos, evocando o estatal, na incumbência do *jus puniendi*, a reponsabilidade de atuar diante de uma infração penal, tendo em vista que ele é o seu titular exclusivo. Segundo o renomado mestre Fernando Capez (2003, p.215) não tem finalidade acautelatória, nem natureza processual. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado. O objetivo dessa prisão, segundo leciona Antônio Heráclito Mossin (1998, p.357) seria uma forma de atender aos anseios da norma penal sancionatória, que é a imposição de reprimenda legal àquele que cometeu o fato punível, cuja conduta não está amparada pelo direito.

Deste modo quando um indivíduo comete um delito, surge para o Estado não uma faculdade, mas sim um dever de, através da polícia judiciária, investigar o fato criminoso, e perante o judiciário sob a ótica do devido processo legal processar o indiciado, e caso reste comprovada a autoria e materialidade do delito, aplicar após o trânsito em julgado da ação penal condenatória, como decorrência do seu poder punitivo, a sanção penal amoldada ao crime perpetrado pelo réu que, via de regra, é uma pena restritiva de liberdade.

No mesmo sentido é o ensinamento do mestre Fernando Capez (2003):

no momento em que é cometida uma infração, esse poder, até então genérico, concretiza-se, transformando-se em uma pretensão individualizada, dirigida especificamente contra o transgressor. O Estado, que tinha um poder abstrato, genérico e impessoal, passa a ter uma pretensão concreta de punir determinada pessoa” (CAPEZ, 2003, p.2).

Portanto, ao passo em que a prisão baseada em pena definitiva é precedida de inúmeros atos e fases, todos práticos e submetidos ao devido processo legal, bem como o contraditório e a ampla defesa, não deixando de lado as demais garantias processuais devem ser observadas, a prisão cautelar prescinde o fim do processo que seja possível sua decretação, consiste no *carcer ad custodiam*.

Em outro ângulo a prisão processual, que são aquelas prisões de natureza puramente processual, decretadas na fase investigativa ou no curso do processocriminal, imposta com finalidade cautelar e destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal ou impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos, ou ainda garantir a futura execução da pena. Por isso o legislador achou razoável determiná-las antes mesmo de um juízo definitivo de culpabilidade, tendo em vista acautelar o processo, como meio de garantir a sua eficácia e utilidade. Essas prisões são consideradas cautelares, pois tendem a precaver determinados interesses públicos, como a ordem pública, a paz social, a justiça do processo e a eficácia penal. A prisão cautelar é imposta apenas para garantir que o processo atinja sua finalidade, pois o seu real objetivo é auxiliar, e a sua razão de ser é viabilizar a correta e eficaz persecução penal.

Embora a prisão cautelar seja um mal, é um mal imprescindível, que deve ser decretada somente em situações excepcionais e de relevante clamor social. A prisão cautelar (gênero) tem como espécies/modalidades as seguintes formas de cerceamento da liberdade: prisão em flagrante; temporária; preventiva; decorrente de sentença penal condenatória recorrível; e de pronúncia (no caso dos crimes contra a vida submetidos ao crivo do tribunal do júri), cabendo aqui uma abordagem sucinta de cada uma destas modalidades e, em seguida um aprofundamento, em específico, na modalidade de prisão preventiva, trazendo uma análise aos seus modos de aplicação.

2.1.1 Prisão Temporária

A presente modalidade de prisão está instituída pela Lei número 7.960/89, artigo 1º, inciso I da referida Lei, e possui como intuito explicar sobre um delito apurado através de inquérito instaurado pelo delegado de polícia. Esta, por sua vez, tem por objetivo assegurar o êxito da investigação policial de crimes de maior complexidade e punidos mais severamente. Neste caso, o encarceramento do sujeito torna-se eficaz para o esclarecimento dos fatos.

Segundo Machado (2009, p.527), a finalidade da prisão temporária é a de proporcionar os meios e condições necessárias para a realização de algum ato de investigação que só será possível por meio da detenção do indiciado. Ou seja, essa

modalidade de prisão é somente justificada caso haja a comprovação de que ela é absolutamente indispensável para a investigação.

Conforme elenca Vicente Greco Filho (apud DELMATO, p. 153), a prisão temporária é uma antecipação da prisão preventiva, possuindo requisitos menos rigorosos e que não haveria cabimento a sua decretação se a situação demonstrasse cabalmente o contrário.

Outro aspecto dessa modalidade de prisão é que ela pode ser decretada ainda quando houver indícios de autoria nos crimes elencados no artigo 1º, inciso III, como: homicídio doloso, roubo, extorsão, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado de morte, genocídio, tráfico de drogas, dentre outros.

Percebe-se, contudo, que a constitucionalidade da prisão temporária é bastante questionada, visto que seu ingresso no ordenamento jurídico foi através de Medida Provisória, instrumento do Poder Executivo, sendo que, segundo a Carta Política/88, a competência para legislar sobre o Direito Penal e Processual Penal pertence somente à União. Em relação a isso, Clèmerson Clève (apud RANGEL, 2008, p.714) argumenta que há uma inconstitucionalidade orgânica, ou seja, quando a lei é elaborada por um órgão incompetente. Dessa forma, a inconstitucionalidade decorre de vício de incompetência do órgão de que promana o ato normativo. Rangel (2008,p.714) contribui argumentando que a prisão temporária também é inconstitucional por razão do Estado Democrático de Direito não poder permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, por tratar-se da medida de constrição da própria liberdade do sujeito que, não havendo elementos suficientes que comprovem seu envolvimento no delito, é, ainda sim, preso para que elementos sejam encontrados.

2.1.2 Prisão Decorrente de Pronúncia

Essa modalidade de prisão é uma das possíveis modalidades que encerra a primeira etapa de um procedimento afeto ao Tribunal do Júri e determina a sujeição do acusado ao julgamento popular.

O Tribunal do Júri, órgão do Poder Judiciário e competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, apresenta procedimentos bem estabelecidos, sendo eles constituídos em duas etapas bem definidas: o *judicium accusationis* e o *judicium causae*. Esta primeira fase, é desenvolvida perante o juízo

singular, sendo iniciada por meio da denúncia do crime ocorrido e concluindo-se pela decisão de prisão por pronúncia. Já a segunda etapa, de acordo com o Código do Processo Penal, inicia-se com o libelo e termina com o julgamento em Plenário. Segundo Tourinho Filho (2013, p.674), a divisão do processo em duas etapas trata-se de um procedimento escalonado, onde a primeira fase encerra-se com a sentença de pronúncia e a segunda termina com o julgamento pelo Tribunal do Júri. De acordo com o autor, na primeira etapa, a acusação busca demonstrar que houve crime doloso contra a vida, onde o réu foi o que autor. Dessa forma, é evidente que a sentença de pronúncia se limite a julgar procedente o *jus accusationis* do estado.

Assim, conforme Lima (2005, p. 280), a decisão de pronúncia concentra-se no juízo de materialidade do crime, bem como na existência de indício de autoria. O autor relata que a pronúncia reflete uma análise pelo juiz de que existe prova e indícios suficientes para comprovar a autoria do crime.

No que tange a modalidade da prisão resultante de pronúncia, Afrânio Silva Jardim (apud LIMA, 2005, p. 281), em análise a edição da Lei nº 5.941 - que determina que se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão - ressalta que essa modalidade ganhou maior identidade com as medidas cautelares, visto que o passado do réu, sua personalidade e condições de adaptação derrubam a presunção anterior que justificava a decretação da sua prisão provisória.

Advém, contudo, que a partir da nova ordem constitucional instaurada pela Carta Política/88, a constrição da liberdade de locomoção somente será válida em duas hipóteses bem definidas: i. a prisão decorre de uma sentença penal condenatória (prisão-pena) e, ii. A prisão processual (prisão sem pena) com caráter cautelar notório. Embora haja entendimentos em torno da prisão decorrente de decisão de pronúncia não apresentar caráter cautelar, uma grande parcela jurisprudencial defende a natureza cautelar de tal medida restritiva de liberdade. Quanto a isso, a Lei nº 11.689, realizou grandes alterações no procedimento do Tribunal do Júri, incorporando, entre outras, a extinção da obrigatoriedade de intimação pessoal do acusado, assim como a possibilidade de realização do julgamento sem a necessidade da presença física do acusado, alterando, assim os fundamentos de todo o sistema cautelar da prisão decorrente de decisão de pronúncia.

2.1.3 Prisão em Flagrante

Há, dentro desta modalidade de prisão, inúmeras classificações pelos doutrinadores. Elas não estabelecem entre si nenhuma distinção em sua nomenclatura, e, sim, de formulação doutrinária com base no Código de Processo Penal. A prisão em flagrante se dá quando encontrado o autor no ato, cometendo o delito, ou ainda quando fugitivo, for perseguido e apanhado pelas autoridades, ou qualquer indivíduo que o faça presumir ser o autor. A doutrina classifica, em linhas gerais, o flagrante próprio ou perfeito, quase-flagrante ou flagrante-impróprio e flagrante presumido ou ficto. Essas classificações fazem referência ao momento da execução onde o acusado foi flagrado. Existem, também, outras classificações como de flagrante diferido ou retardado, conforme previsto pela Lei 9.034/95, bem como as classificações de flagrante provocado ou preparado, flagrante forjado e o flagrante esperado. (BRANCO, 2001, p.34).

A prisão em flagrante é considerada a única modalidade de prisão processual que independe da ordem fundamentada da autoridade competente no ordenamento jurídico. Entende-se por prisão em flagrante a constrição da liberdade de locomoção do acusado no momento em que o crime é praticado. Segundo Tourinho Filho (2013, p. 437) a palavra flagrante, vinda do latim *flagrantes*, significa ardente, que arde, que está em chamas, etc. Dessa expressão, tirou-se flagrante delito, fazendo luz ao delito cometido no momento em que é pego, ainda estando 'ardendo', devido a sua recente ação.

Conforme previsto no art. 301 do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante pode ser efetuada por qualquer pessoa, sendo ela particular ou autoridade. Embora seja uma modalidade de prisão processual, esse tipo de prisão, propriamente dito, apresenta caráter administrativo, uma vez que a ratificação seguinte cabe à autoridade administrativa, a exemplo, o delegado de polícia. De acordo com Tourinho (2013, p.444), o ato de prender não passa de uma simples atuação administrativa levada a efeito pela Polícia Judiciária.

Quando se trata de prisão em flagrante, a sua realização, segundo Rangel (2008, p.663), só é possível com a presença de dois elementos: a atualidade e visibilidade. A primeira é expressa pela própria situação flagrancial, ou seja, algo

que aconteceu naquele momento, e a segunda, é a ocorrência externa do ato, sendo isso, o possível atestamento de alguém ligando o sujeito à prática.

A doutrina fundamenta-se sob a denominação de flagrante próprio as situações em que se está cometendo o crime ou quando se acaba de cometê-lo, em ambas as situações, denota-se uma relação de imediatidade entre a efetivação da prisão e a prática da infração. Por outro lado, conforme previsto pelo inciso III do art. 302 do Código de Processo Penal, quando o agente é perseguido, logo após cometer o ato, pela autoridade ou qualquer outra pessoa, conforme a doutrina de flagrante impróprio, o estado de flagrância é compreendido pelo intervalo de tempo entre a prática e a atividade de perseguição.³

Segundo Machado (2009, p. 523), assim que dada a prisão de qualquer pessoa, devem ser comunicados, imediatamente, o órgão e juiz competente. Portanto, assim que entregue a nota de culpa, a autoridade deverá comunicar a prisão ao juiz no mesmo instante em que proceder com o encarceramento do indiciado. Essa comunicação é comumente realizada por meio de uma cópia do instrumento de flagrante enviada ao juiz competente. Assim, tendo recebido o auto de prisão e verificada a presença dos requisitos de fato e de direito é que irão validar a prisão em flagrante, caso contrário, o juiz deve, obrigatoriamente, relaxar a prisão em flagrante, conforme ilustrado nos termos do art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal/88.

Por fim, no que diz respeito às prisões em flagrante, é inadmissível que haja continuação da privação da liberdade do acusado, se houver base somente nos elementos que a permitem, ou seja, não havendo constatação dos motivos que autorizam a prisão preventiva.

2.2 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão existente desde a antiguidade e era comumente aplicada em crimes de conspiração contra a pátria e a ordem política, por exemplo. Hoje em dia, em seu conceito simplório, a prisão preventiva é, segundo De Plácido e Silva (2009, p.1092-1093) a prisão que se efetiva ou se impõe como medida de cautela ou prevenção, conforme interesse da

³ Art. 4

justiça, mesmo ainda não havendo condenação. Esta modalidade de prisão, pode, ainda, quando comedida de prevenção, manter o criminoso sob as vistas da justiça, como forma de prevenção caso o criminoso tente furtar à sanção penal, principalmente, quando se teme sua fuga.

Mirabete (1991, p. 380 apud MONTEIRO, 2008, p. 7) contribui para o debate, conceituando a prisão preventiva como uma “medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito”. Já Guilherme Nucci (2006, p.597), conceitua a prisão preventiva como uma espécie cautelar, objetivando assegurar a aplicação da lei penal, ou garantir a ordem pública ou econômica, desde que provada os indícios do crime.

A prisão preventiva também é, de acordo com Gobbis Pagliuca (2008, p. 115) uma forma de inibir o direito de locomoção do acusado por meio da ordem judicial, em razão das conjeturas legais à sua atribuição. José Lisboa da Gama Malcher (2002, p. 117) contribui para esse pensamento, argumentando que esse método é uma medida cautelar social de natureza processual, onde se sacrifica a liberdade do indivíduo em prol das necessidades superiores do interesse do processo e da sociedade.

A prisão preventiva está prevista pelo Código de Processo Penal, nos artigos 311 a 316. Quanto a isso, é importante ressaltar que, segundo o artigo 311, “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público.” (BRASIL, 1941).

Segundo Tourinho Filho (2013, p. 543), toda forma de prisão prévia a uma condenação definitiva é sempre uma prisão preventiva, sendo assim, em análise ao salientado pelo autor, a prisão preventiva pode ser denominada “prisão cautelar de natureza processual”.

A luz das ideias de Delmanto (2004, p. 161-162), entende-se, hoje em dia, a prisão preventiva como uma das modalidades mais importantes no atual ordenamento jurídico, visto que é possível decretá-la a qualquer momento, até mesmo antes do oferecimento da denúncia, projetando-se sobre as demais modalidades de prisão provisória e afigurando-se quase que suficiente para o bom andamento do processo penal.

Assim, para que possa ser decretada a prisão preventiva, quando demonstrada a probabilidade de que o réu foi realmente o autor do crime, conforme

os termos do art. 312 do CPP, é necessária a existência de i. prova de existência do crime e ii. Indícios suficientes para a autoria. A primeira exigência faz referência à materialidade delitiva, sendo eles a prova testemunhal e documentação apropriada. Já a segunda, diz respeito aos indícios de autoria, sendo estes comprovados com base nas provas apresentadas e julgadas pelo juiz. (MIRABETE, 2006, p. 390).

Quando da prisão preventiva, a mesma, só poderá ser decretada, segundo o art. 312, “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011). Portanto, não se fazem necessários apenas os dois fundamentos apresentados anteriormente, mas sim, o conjunto de ordenamento que legitimam, perante lei, a modalidade de prisão preventiva.

2.2.1 Garantia da Ordem Pública

Embora o conceito de “ordem pública” seja indeterminado e cheio de divergências doutrinárias, a maioria dos autores acreditam que essa expressão remete a sensação de tranquilidade e paz de deve existir em meio a sociedade, dessa forma, assim que identificado que o criminoso continuará praticando novos crimes, ou seja, que o mesmo apresenta risco a “ordem pública”, permite-se a imposição da prisão preventiva. (RANGEL, 2008, p. 693).

Segundo Tourinho Filho (2007a, p. 511), o fato da expressão apresentar uma certa vagueza, faz com que ela seja induzida ao questionamento do próprio caráter cautelar dessa modalidade. Para o autor, “ordem pública” é um fundamento geralmente invocado sob diversos pretextos, fazendo, às vezes, abstração de que ela é uma coação cautelar, a exemplo, admitir a “perigosidade do réu”, “crime perverso”, “insensibilidade moral” e etc., incluindo-os à expressão genérica de “ordem pública”, faz com que a prisão preventiva se torne uma execução sumária, ou seja, condena o réu antes mesmo de ser julgado, visto que tais acusações não são nada cautelar.

2.2.2 Garantia da Ordem Econômica

No que diz respeito à garantia da ordem econômica, a prisão preventiva que possui como fundamento essa hipótese, explica-se pelo receio de que o

criminoso, continuado em liberdade, pratique novos delitos, abalando ainda mais a ordem econômica. Essa premissa está prevista na redação do art. 312 do CPP. Tourinho Filho (2013, p. 514), por sua vez, acrescenta mais uma crítica à essa expressão, uma vez que, segundo o autor, se a prisão preventiva já possui a finalidade eminentemente cautelar, lhe parece não-senso decretar a mesma argumentando garantia da ordem econômica.

Para Bechara (2005, p. 157), a ordem econômica é caracterizada por um desdobramento da ordem pública e, devido a esse fator, também é tida como um instrumento de tutela coletiva, como modo de “assegurar o resguardo do sistema financeiro, bem como da ordem econômica e das relações de consumo”. O encarceramento, neste caso e, de acordo com Bonfim (2006, p. 383), visa impedir que o indiciado continue atuando de forma prejudicial à ordem econômica, buscando, portanto, salvaguardar a credibilidade da justiça.

2.2.3 Conveniência da Instrução Criminal

Já a conveniência da instrução criminal, entende-se como sendo uma necessidade de resguardar o devido processo legal. Para Rangel (2010, p. 772), é necessária pois, diante dos princípios da verdade processual, do contraditório e do processo legal, a instrução criminal assegura ao indiciado todos os meios constitucionais de defesa, provando, dessa forma, a existência de um Estado Democrático de Direito. O autor também acrescenta que, decreta-se a prisão do autor de fato, caso ele tente, comprometendo o desenvolvimento regular do processo, ameaçar testemunhas, tentar subornar o perito, ameaçar o juiz ou promotor de justiça e etc.

Dalabrida (2009, p. 100-101) contribui para este pensamento, salientando que o réu pode, a qualquer momento, aliciar testemunhas, ameaçar a vítima, forjar provas de infração, ocultar objetos da cena do crime e etc., fazendo, portanto, necessária a restrição da liberdade do agente, impedindo, dessa forma, a deturpação da instrução criminal.

2.2.4 Assegurar a Aplicação da Lei Penal

Dentro desses requisitos, encaixa-se a expressão “assegurar a aplicação da lei penal”, pois entende-se que essa deve ser aplicada em casos em que o acusado possa, em liberdade, diminuir a condenação dada pela Justiça, tentando fuga, desfazendo-se de seus bens materiais e negando-se ao ressarcimento dos prejuízos causados pelos seus atos. Bechara (2005, p. 155) comenta que há o receio de que a liberdade do réu possa frustrar a aplicação da lei penal, conforme trazido na realização do direito penal positivo.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO: Críticas ao Amparo Jurídico da Prisão Preventiva no Brasil

Com base no que foi exposto na revisão de literatura deste trabalho, estão entre as principais modalidades de prisão, a Prisão Temporária, a Prisão Decorrente de Pronúncia, a Prisão em Flagrante e, por fim, a Prisão Preventiva. Buscou-se, com esse levantamento teórico, elucidar sobre suas principais características, no entanto, como objetivo deste trabalho, far-se-ão, nesta sessão, uma discussão sobre o amparo jurídico da Prisão Preventiva, tendo em vista que essa é a modalidade mais contestada entre os doutrinários.

Dentre as premissas estabelecidas pelas leis que regem a Prisão Preventiva no CPP, a inconstitucionalidade da Ordem Pública é algo bastante questionado entre os doutrinários. Segundo Delmanto (2004, p.148), no que diz respeito a manutenção da ordem pública, e, com base nos termos apresentados em seu conceito, é importante esclarecer que é indissociável que a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental inato a toda e qualquer medida cautelar, servindo, apenas, de instrumento de justiça sumária, “vingança social” e etc. Borges da Rosa também elenca que tal condição não possui significado especial, podendo ser simplesmente omitida do Código, visto que toda prisão decretada já visa garantir a ordem pública.

Neste debate, Aury Lopes Júnior (2004, p. 148) ressalta que “(...)as prisões preventivas para a garantia da ordem pública e econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais (...)”, ainda segundo o autor, trata-se de uma forma de transformar uma medida processual em uma

atividade rotineira de polícia, tornando-as indevidamente utilizadas como medida de segurança pública.

A luz do entendimento supracitado, o decreto de uma prisão preventiva com o intuito de garantir a preservação da credibilidade da justiça, por exemplo, pode ser caracterizada como uma fuga dos ditames constitucionais do princípio da presunção da inocência, do processo legal e, até mesmo, do princípio da não culpabilidade, acarretando na aplicação de uma justiça discricionária. Segundo Marques (1997, p. 63), dessa forma, a prisão preventiva, que visa garantir a ordem pública, perde seu caráter de providência cautelar e resulta em uma verdadeira medida de segurança, tutelando, assim, a própria ordem pública.

Por vezes, a “ordem pública” é confundida com o “clamor social”. Esse fator pode ser observado em casos em que se confunde com o sentimento de revolta que aflora quando vários crimes graves e alarmantes acontecem e recebem o julgamento da sociedade. O clamor público, por sua vez, não está previsto no Código de Processo Penal, contudo, ao ser confundido com a “ordem pública”, todo o processo corre o risco de sofrer manipulação pelos meios de comunicação. Quando isso ocorre, se põe em perigo todo o esquema constitucional do Estado de Direito, dando lugar à quebra do processo penal legal. Exemplos de casos em que isso ocorreu estão presentes no histórico político brasileiro e, principalmente, nos que tratam de corrupção.

De acordo com Carmo(2014), outro fator que é evidente dentro do processo de aplicação dessa medida de cautela, é o confronto à ordem constitucional de garantia dos direitos fundamentais, que por sua vez, é incorporada pelo princípio de presunção da inocência, principalmente, quando os fins da prisão se expandem para além do próprio processo. Quanto a isso, Nicolitt (2011, p. 69) pondera que “quando a prisão cautelar é dirigida a evitar a prática de infrações penais, ou tutelar a ordem pública, o clamor público, a ordem econômica, assegurar a credibilidade da justiça, o que se busca na verdade, diversamente da tutela do processo, é o controle social, a prevenção, geral ou específica, que é o objetivo da pena e não das medidas cautelares.”

Nos casos em que a Ordem Econômica está em questão, Tourinho (2013, p. 562), adverte que não se deve confundir ordem econômica com ordem tributária. Por vezes, o posicionamento de juízes que decretam a prisão preventiva nos delitos em que estão em questão a sonegação tributária, por exemplo, são fundamentados

no argumento da garantia da ordem econômica, o que para Tourinho Filho, é errôneo, conforme os conceitos preestabelecidos nesta modalidade de prisão.

Cabe ressaltar que vários autores frisam críticas à própria aplicação dessas medidas cautelares, dentre estes, Ferrajoli (1997, p. 776-777), alerta sobre o fato de que a prisão preventiva em si, configura uma pena processual que apresenta caráter preventivo e retributivo, tendo em vista que o indiciado é castigado em encarceramento para somente após ser processado. O autor ironiza que, se fosse verdade que a conrição cautelar não tivesse caráter punitivo, os indiciados considerados provisórios deveriam cumprir tal medida em outros locais, a exemplo, outras instituições que não fossem as mesmas ou piores as que os presos já condenados. Mais uma vez, observa-se uma contradição jurídica.

Segundo Silveira (2016, p. 221), a situação da prisão preventiva no Brasil é extremamente grave, tendo em vista, não somente a mentalidade autoritária ainda existente na sociedade brasileira, mas também a dinâmica de urgência característica da sociedade contemporânea, que, por muitas vezes, costuma iludir a opinião pública cada vez mais sedenta por segurança. O autor usa como exemplo as imagens de prisão dos suspeitos, algemado e sendo levado ao cárcere, ilustradas pelos programas de televisão, que trazem sensação imediata de justiça, construindo e legitimando essa abordagem equivocada do sistema judiciário brasileiro e, além de todo, tornando a prisão preventiva, que deveria ser acionada em última instância, algo comum e de regra.

Para Giacomolli (2013, p. 77), as contestações em "*Law in Action*", que evidenciam o uso inadequado da prisão preventiva, ocorrem por força de decretos motivados de forma disfuncional, que por sua vez, são baseados em heresias tornando-se dogmas. Para o autor, meras suposições são imprestáveis para justificar a prisão preventiva, tendo em vista que esta é vinculada a necessidade de cautela. Neste caso, para o autor, a referência ao termo "ordem pública" é insuficiente para fundamentar qualquer conrição.

O caos existente no Sistema Prisional Brasileiro, dentre outros fatores, também é um reflexo da banalização do uso da prisão preventiva, devido a sua utilização indiscriminada e inadequada. Essa situação se dá pela atuação dos magistrados que, em seu exercício, ignoram os princípios norteadores do sistema processual. O próprio fato de que existem milhares de encarcerados nos

estabelecimentos prisionais segregados cautelarmente, demonstra a gravidade do quadro enfrentado pela prisão preventiva. (SILVEIRA, 2016, p. 221).

Com base na discussão apresentada nesta sessão, foi possível notar que, dentre as modalidades de prisão, a medida cautelar de prisão preventiva deve, a todo custo, ser tratada com total prudência, uma vez que ela, assim como as demais, buscam, em casos, restringir a liberdade do indivíduo e, portanto, não pode ser dada como uma punição antecipada daquele a quem se imputa o delito. A esses fatores, adiciona-se que o Sistema Judiciário Brasileiro, teve, por vezes, baseando-se em maneiras não democráticas na aplicação de medidas cautelares, onde foram observados a não prevalência do princípio de presunção da inocência, da liberdade individual e do devido processo legal. São grandes os desentendimentos quanto à aplicação da prisão preventiva, mas, o que se pode observar, é que há, hoje em dia, inúmeras leituras que trazem luz ao problema e buscam aprimorar - tanto no âmbito acadêmico, quanto no doutrinário e jurisprudencial – a abordagem a ser tomada perante o crime cometido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho procurou-se apresentar as características das modalidades de prisão enquanto medidas cautelares. No primeiro momento, foram expostas as características das diversas modalidades de prisão e, com base no exposto, pode-se observar que a modalidade de prisão preventiva é, dentre as demais, a mais questionada devido à sua considerada “inconstitucionalidade”. O objetivo principal do trabalho, que consistia na análise do amparo jurídico da prisão preventiva foi alcançado com sucesso, pois foram apontadas todas as vertentes constitucionais que regem essa modalidade bem como os exemplos que levantam críticas à sua aplicação no Sistema Prisional Brasileiro.

No decorrer da pesquisa procurou-se não apenas listar e colacionar informações científicas acerca das espécies de prisão, mas também, abordar os aspectos críticos e polêmicos que envolvem o tema. Isto se deu justamente pela importância dos institutos jurídicos aqui tratados bem como seus reflexos imediato nas relações sociais e políticas do país.

Ficou claro, após a pesquisa, que as modalidades de prisão são aplicadas com certa naturalidade que não condiz com a complexidade dos processos constitucionais e jurídicos. Foi exposto em exemplos durante a discussão desse trabalho a forma como a prisão preventiva atinge não somente a liberdade do indivíduo que comete o delito, mas também a dinâmica da manutenção da ordem pública, considerada ser um dos principais objetivos da prisão preventiva, em primeira mão.

Apontou-se a utilização da prisão preventiva como indiscriminada e inadequada, tendo em vista que os magistrados, em seu exercício, podem ignorar os norteadores do sistema processual existente e necessário. Viu-se a prisão preventiva como uma medida provisória e impensada, pois traz uma sensação de segurança imediata à população, mas não abrange, no entanto, os direitos dos indivíduos encarcerados injustamente, por exemplo.

A mídia também ocupou um papel importante nesse processo, foi possível perceber que o clamor público, por meio do noticiário, também é um dos principais motivadores para o uso inadequado da prisão preventiva no país. A mais relevante conclusão que se pode tirar deste estudo, diz respeito ao rigor e o comprometimento com critérios justos e adequados para a decretação da prisão.

Somado a isto, não se deve esquecer que a solução para os problemas ocasionados pela violência não se encontra no inchaço do sistema penal causado pela produção de normas emergenciais que ignoram garantias, mas sim em políticas sociais que coloquem o “outro”, o elemento considerado perigoso, dentro do sistema.

Por fim, este artigo salientou a complexidade do ordenamento jurídico, da tentativa a manutenção da ordem pública e das formas como a punição é dada dentro da sociedade brasileira, o que explica o caos existente no Sistema Prisional Brasileiro e a sua inconstitucionalidade. Dessa forma, observou-se a dificuldade em lidar e analisar isoladamente apenas um dos fatores aqui mencionados, sugerindo, então, a importância de uma pesquisa futura mais elaborada, que possa abordar, de forma arbitrária, todas as questões tratadas nesse artigo, apresentando, inclusive, novos exemplos das formas em que são aplicadas as modalidades de prisão.

5REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão Cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 157.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 383.

BRANCO, Tales Castelo. **Da Prisão em Flagrante**: Doutrina, Legislação, Jurisprudência, Postulações em Casos Concretos, 5º ed. ver. aum., e atua., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 34.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10º ed. São Paulo: Saraiva, ano 2003.

CARMO, Fernando Luiz Lelis do. **Prisão Preventiva e o Confronto aos Princípios Constitucionais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14113>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. **Constituição federal interpretada pelo STF**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DA SILVEIRA, Felipe Lazzari. **A Banalização da Prisão Preventiva para a Garantia da Ordem Pública**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 67, p. 220-223, 2016.

DELABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva. Uma análise à luz do Garantismo Penal**. 1ª ed. 5ª reimp. Curitiba: Juruá, 2009, p. 100-101.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. **Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, a. 11, n. 41, p. 128, jan./mar. 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría Del Garantismo Penal**. 2. ed. Madrid.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 77.

GRECO FILHO, Vicente; apud DELMANTO, Roberto Júnior. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. 2004,p.153.

LIMA, Marcellus Polastri. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p 148.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2009.

MALCHER, J. L. da Gama. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 117.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**- v. 1- Campinas: Bookseller, 1997, p. 63.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado ate julho de 2003. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18º ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 390.

MONTEIRO, Edson Luiz Gonçalves. **Prisão Preventiva e sua Aplicabilidade**. Brasília: Fortium Estudos Jurídicos. 2008.

MOSSIN, HeraclitoAntonio. **Curso de Processo Penal**. vol. 2. São Paulo: Atlas,1998.

NERY JR. Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2009.

NICOLITT, André Luiz. Lei 12.403/2011: **O Novo Processo Penal Cautelar, a Prisão e as Demais Medidas Cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.145.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6ª ed., ver, at. e amp. São Paulo: RT, 2006.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbi. **Direito Processual Penal**. 4ª ed., São Paulo: Rideel, 2008, p. 115.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Luman Juris, 2010, p. 772.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 714.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**/Atualizadores: Nagib Slaibi e Gláucia Carvalho. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA. Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TÁVORA, Nestor. E outros. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

TORNAGHI, Hélio. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35.ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2013.