

PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL: HISTÓRIA, PREVISÕES LEGAIS E JURISPRUDÊNCIA

PREVENTIVE DETENTION IN BRAZIL: HISTORY, LEGAL PREVISIONS AND JURISPRUDENCE

FILHO, Marcos Antônio Morais¹

NOGUEIRA, Fabio Batista²

RESUMO

O presente trabalho visa por explicar a origem da prisão como pena privativa de liberdade através da história, tendo como foco a prisão preventiva, fazendo uma comparação entre a letra lei, as definições doutrinárias e entendimentos dos tribunais, com o objetivo de elucidar e promover ainda mais o conhecimento sobre o assunto tão debatido ultimamente. Os métodos para a elaboração deste foram estritamente através de revisões bibliográficas de grandes e renomados juristas nacionais e estrangeiros, além de pesquisar também as decisões e entendimentos dos tribunais sobre o tema. Observou-se durante as pesquisas que há divergências entre os estudiosos sobre a finalidade e a efetividade desta modalidade de prisão, mas os tribunais pacificaram tais divergências. A prisão preventiva é a modalidade de prisão cautelar mais difundida no judiciário brasileiro, e apesar de antecipar a prisão diante da presunção de inocência, é perfeitamente cabível a utilização desta visando o bem estar social.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Prisão cautelar. Presunção de Inocência.

ABSTRACT

The present work aims to explain the origin of the prison as a custodial sentence through history, focusing on preventive detention, making a comparison between the letter law, doctrinal definitions and understandings of the courts, with the objective of elucidating and further promoting plus the knowledge on the subject so debated lately. The methods for the elaboration of this one were strictly through bibliographical revisions of great and renowned national and foreign jurists, besides also investigating the decisions and understandings of the courts on the subject. It has been observed during the investigations that there are divergences between the scholars on the purpose and the effectiveness of this type of prison, but the courts have pacified such divergences. Pre-trial detention is the most widespread form of pre-trial detention in the Brazilian judiciary, and despite anticipating imprisonment in the face of presumption of innocence, it is perfectly appropriate to use it for social well-being

Keywords: Pre-trial detention. Precautionary arrest. Presumption of Innocence.

¹ Aluno do Curso Formação de Praças Soldados 3ª Classe do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás - CAPM, marcosantonio311@gmail.com; Goianésia – GO, Fevereiro de 2018.

² Professor orientador: Pós graduado em Direito Penal, professor do Programa de Pós-Graduação e Extensão do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás CAPM, fabio-sub@hotmail.com, Goianésia – GO, Fevereiro de 2018.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que desde o início de sua história o homem percebeu a necessidade de usar a intimidação para ter controle sobre os impulsos de seus pares. A intimidação referida inicialmente era usada de forma desproporcional ao mal recebido, ou seja, não havia o que se falar em proporcionalidade visto que não existiam positivamente legais para tal, então a reação do ofendido não respeitava limites e passava até mesmo da pessoa do infrator.

A partir do momento em que o homem passou a viver em sociedade e sobre a regência de legislações que visavam o bem estar social, essas práticas bárbaras foram aos poucos sendo substituídas por retaliações mais brandas, mas até se chegar ao que se conhece atualmente, muito sangue foi derramado em nome de uma pseudo-justiça. É sabido que nos dias de hoje, nos Estados em que impera a democracia, toda punição exercida pelos órgãos competentes devem estar em conformidade com os preceitos legais, respeitando todas as garantias e direitos fundamentais referentes à dignidade humana, o devido processo legal, garantindo a ampla defesa e o contraditório.

Com os avanços sociais vieram também os avanços nas legislações, e com isso as penas cruéis passaram a ser substituídas pelas penas privativas de liberdade, e o cárcere deixou de ser uma medida cautelar para a garantia da aplicação da pena fim, para ser verdadeiramente a pena imposta ao infrator, mudando assim a finalidade dos estabelecimentos carcerários.

Atualmente a prisão tem a finalidade de segregar a liberdade de uma pessoa que venha atentar contra o ordenamento jurídico, buscando assim retribuir o mal causado a sociedade e ao mesmo tempo, ressocializa-lo para que volte ao convívio social sem o desejo e a necessidade de cometer crimes. Reza a Constituição Federal que em seu artigo 5º incisos LVI e LVII, que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”; e “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, respectivamente. Nessa vertente abre-se possibilidades de questionamento sobre o dispositivo referente às prisões de cunho cautelar, se realmente estão em conformidade com os direitos e garantias elencados na mãe de todas as leis, a Constituição Federal.

É certo que não há o que se falar em ilegalidade nas prisões cautelares visto estarem previstas no ordenamento jurídico pátrio, a não ser que estas estejam

eivadas de vícios de origem, vícios estes que deverão ser corrigidos pela autoridade judiciária. O presente trabalho tem a finalidade de lançar um olhar mais crítico sobre uma das modalidades de prisões existente na legislação brasileira, a prisão preventiva, fazendo uma análise sobre a história, preceitos legais e jurisprudenciais sobre essa modalidade de prisão cautelar, sendo esta a modalidade de prisão processual mais difundida pelo judiciário brasileiro.

Os métodos para elaboração deste foram à base pesquisas bibliográficas das obras de grandes e renomados doutrinadores a respeito do tema, além de verificar a consonância entre estes dispositivos legais e os entendimentos jurisprudenciais sobre a prisão preventiva. Antes de chegar a esse ponto do trabalho, será feito um levantamento histórico a respeito da origem das penas e das prisões, passando por suas finalidades através dos tempos até se chegar no modelo penal que se conhece atualmente. Não serão utilizadas pesquisas de campo, apenas análises das recentes obras bibliográficas referentes ao tema tão polêmico, ainda mais depois da deflagração da operação “Lava Jato”, que trouxe o tema a tona novamente, visto ter mexido com a classe rica e política. Enquanto as modalidades de prisão atingiam apenas as classes menos favorecidas, o tema não tinha tanta relevância na mídia e em tribunais superiores.

2 REVISÃO DE LITERATURA

É cada vez mais claro e evidente que o sistema penal brasileiro é falho e não cumpre com sua finalidade, visto o grandioso número de pessoas presas, outros tantos mandados de prisão não cumpridos (estima-se mais de 600.000 segundo o CNJ) e a crescente onda de violência que assola todo o país. Quando fala-se em sistema penal deve-se olhar de forma ampla e ter uma visão do sistema como um todo, que é formado pela atuação dos três poderes, na qual o Poder Legislativo atua com a criação das leis; o Poder Judiciário através da máquina jurídica e o Poder Executivo na execução destas leis e fazendo-se valer do poder que lhe é revestido, executando as penas impostas após o devido processo legal.

Muitos estudiosos atribuem aos números alarmantes de pessoas aprisionadas ao fato de em nossa legislação existir um número variado de modalidades de prisão. Existe a prisão sanção, ou prisão pena, que é aquela decorrente da condenação do indivíduo por ter cometido uma infração penal, depois

de transcorrido todo processo, garantidos todos os direitos do réu. As outras formas de prisão são chamadas de prisões provisórias (cautelares), conhecido também como prisão sem pena (em flagrante, temporária e preventiva), que são aquelas decorridas de uma suposta, porém fundamentada, necessidade para se garantir e preservar direitos (TOURINHO FILHO, 2003).

O objeto principal deste trabalho é apontar as características, fundamentos, história, previsões legais e entendimentos jurisprudenciais sobre a prisão preventiva. Contudo, faz necessário fazer algumas breves considerações sobre as origens da pena bem como das prisões, como forma de castigo, sanção e preservação da ordem.

Desde os tempos mais remotos da humanidade até as gerações contemporâneas, o ser humano convive com a ideia de que é necessário viver sobre o sistema de regras, onde todos devem respeitá-la sob consequência de uma punição. Contudo, as noções de punição passaram por profundas mudanças desde a época mais primitivas da humanidade até os dias de hoje, evoluindo de uma mera vingança para uma ideia de retribuição e recuperação do delinquente (MIRABETE, 2006).

Nos tempos mais remotos não se existia administração da justiça, na qual aquele que sofria qualquer tipo de lesão a seus “direitos” procurava se vingar de seu algoz e muitas vezes esse revide passava da pessoa do agressor e atingindo pessoas próximas deste, esse período ficou conhecido como Vingança Privada (NORONHA, 1998). O mesmo autor completa com o seguinte comentário:

[...] a pena, em sua origem nada mais foi que vindita, pois é mais que compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações, nem mesmo justiça (NORONHA, 1998, p. 142).

Outras duas fases, por assim dizer, que merecem destaque na evolução da penalização são as Vinganças Divina e Pública. A Vingança Divina consistia na crença no sobrenatural, na qual os sacerdotes eram os responsáveis pela aplicação das penas, representando as divindades. A pena tinha finalidade de acalmar os deuses e intimidar os demais cidadãos a não praticarem delitos. Já na fase da Vingança Pública havia-se uma formação social controlada na pessoa de um Soberano, que detinha em si todo o poder estatal. Era o responsável pela criação das leis, julgamento e aplicação das penas. Esta fase foi marcada pelas crueldades na aplicação das sanções (JORGE, 2005).

A evolução das leis e da execução das penas acompanharam o desenvolvimento social, e o direito penal passa a ter uma visão mais humanitária na aplicação das penas, ficando este período conhecido como “Humanista”. Sob influência dos pensamentos iluministas foram publicados livros que revolucionaram as formas de se pensar a execução penal. Grande destaque teve a obra “Dos delitos e das Penas” de Beccaria, jurista e economista italiano do século XVIII. Através de sua obra, de outros autores e também através da influência dos iluministas, as penas cruéis passaram a ser gradativamente substituídas pelas penas privativas de liberdade (GRECO, 2006).

TELES, (2006, p.24) corrobora com Rogério Greco:

[...] surgem leis aderindo aos preceitos por ele defendidos. Em 1767, na Rússia, Catarina II promove profunda reforma legislativa. Na Toscana, em 1786, são abolidas a tortura e a pena de morte. Na mesma linha, na Áustria e na Prússia as ideias iluministas se concretizam em leis humanitárias.

Com as mudanças dos paradigmas penais, alguns autores definem o conceito de pena nos dias atuais. Fernando Capez (2003) afirma que:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, 2003, p.332).

Rogério Greco (2006, p.519) afirma que:

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*.

Portanto, com o passar dos séculos o homem aprendeu a ver a pena como uma forma de retribuir a sociedade por um mal causado por determinada pessoa e a pena também passa a ter um caráter ressocializador.

Da mesma forma que a pena, a prisão também teve sua origem nos tempos antigos e também passou por mudanças ideológicas. Na antiguidade já se tinha aplicação do encarceramento, porém a prisão era uma forma de assegurar a aplicação de outra sanção, como pro exemplo, a pena de morte ou a tortura. Mesmo em algumas sociedades antigas, mas com um desenvolvimento social maior, nota-

se o uso da prisão como sanção penal, desta forma Messuti (2003) destaca a Grécia antiga:

Haverá na cidade três prisões: uma delas situada na praça pública, comum à maioria dos delinquentes, que assegurará a guarda dessas pessoas; a segunda, no lugar de reunião do conselho noturno, que se chamará casa de correção ou reformatório; a terceira no centro do país, no lugar mais deserto e mais agreste possível, terá um sobrenome que indique seu caráter punitivo (MESSUTI, 2003, p.28).

Destaca-se também que no antigo Império Romano havia a previsão de prisão por dívidas.

Também em Roma existia a chamada prisão por dívida, penalidade civil que se fazia efetiva até que o devedor saldasse, por si ou por outro, a dívida. [Existia também as prisões denominadas] *ergastulum*, que era o aprisionamento e a reclusão dos escravos em um local destinado a esse fim na casa do dono. Quando era necessário castigar um escravo, os juízes, por equidade, delegavam tal tarefa a *opaterfamilias*, que podia determinar a sua reclusão temporária ou perpétua no referido *ergastulum*. Se o senhor não desejasse assumir esse compromisso, ocorria a renúncia presumida à propriedade do escravo. Este poderia ser condenado à pena perpétua de trabalhos forçados. Além dos escravos, tais castigos podiam ser empregados a indivíduos ditos *de classes inferiores*, que, dois de dez anos de serviço contínuo, quando não mais podiam trabalhar, eram entregues aos seus familiares, em descanso forçado (uma espécie de disponibilidade). Contrariamente, os membros das classes superiores eram condenados a trabalhos temporários de caráter público (BITENCOURT, 2011, p. 23).

Foi somente no período da Idade Média que a prisão passou a ser utilizada de fato como uma sanção penal. Neste período houve grande influência da Igreja Católica nas ciências penais através do Direito Canônico, e de acordo com a expansão da doutrina católica, os litígios passaram a ser resolvidos nos tribunais eclesiásticos, marcando assim a união da justiça comum com a canônica para tentarem assim manter a paz (SANTOS, 2010).

A Igreja também usava a prisão como forma de sanção para os padres que cometiam algum tipo de pecado, pois acreditava-se que o silêncio do ambiente confinado era propício para que o pecador pudesse pensar em seus atos e se arrepende (CALDEIRA, 2009).

Segundo Prado (2010) o Direito Canônico exerceu grande influência no surgimento da prisão como pena privativa de liberdade com a ideia de humanização das penas. Para Bitencourt (2011), a prisão como forma de punição teve suas bases no direito canônico, pois foi a partir daí que se teve a visão da recuperação do delinqüente através do isolamento carcerário.

Nos dias atuais temos a prisão como uma “solução” para os crimes considerados mais graves. Segundo a óptica de alguns autores, o conceito de prisão é:

A prisão, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal. Entretanto, o termo tem significados vários no direito pátrio, pois pode significar a pena privativa de liberdade (“prisão simples” para o autor de contravenções; “prisão” para crimes militares, além de sinônimo de “reclusão” e “detenção”), o ato de capturar (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandato) e a custódia (recolhimento da pessoa ao cárcere). Assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos esses sentidos, nada impede se utilize os termos captura e custódia, com os significados mencionados em substituição ao termo prisão (MIRABETE, 2006, p.361).

Oliveira Neto (2005, p.518) define prisão como sendo:

Ato pelo qual o indivíduo é privado de sua liberdade de locomoção, em virtude de infração da norma legal ou por ordem da autoridade competente, nos casos e pela forma previstos na lei, também, e em geral, de todo lugar público e seguro onde são recolhidos os indivíduos condenados a cumprir certa pena, ou que ali provisoriamente, aguardam julgamento, ou averiguações a seu respeito, quando suspeitos de crimes.

Passando-se essa parte introdutória sobre a origem das penas e da prisão como sanção, passa-se a analisar o conceito de prisões cautelares de natureza processual, com foco na prisão preventiva, abrangendo sua história, requisitos legais e mais a frente jurisprudências a respeito dessa modalidade de prisão tão utilizada pelos magistrados em todo o país. Posteriormente apresentar-se-ão opiniões de estudiosos sobre a eficiência da prisão preventiva para a administração da justiça.

É necessário distinguir prisão definitiva da prisão provisória, ou prisão cautelar. A prisão definitiva é prisão penal propriamente dita, é aquela proveniente de uma condenação pela prática de uma conduta tida como criminosa. Para Tourinho Filho (2003, p.543), a prisão penal “é o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada.” É a resultante de uma condenação transitada em julgado, em algumas das formas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta pena de reclusão ou de detenção.

Várias são as definições de prisão cautelar, que nada mais é do que “a privação da liberdade do indivíduo como medida cautelar mesmo sem sentença definitiva” (RANGEL, 2000, p.365). José Frederico Marques (1965) discorre sobre a finalidade da prisão cautelar no ordenamento jurídico brasileiro:

[...] a prisão cautelar tem por objeto a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as conseqüências do 'periculum in mora'. Prende-se para garantir a execução ulterior da pena, o cumprimento de futura sentença condenatória. Assenta-se ela num juízo de probabilidade; se não houver probabilidade de condenação, a providência cautelar é decretada a fim de que não se frustrem a sua execução e seu cumprimento (MARQUES, 1965, p.23).

As prisões cautelares de natureza processual são as prisões em flagrante, preventiva e a temporária. Objeto principal deste trabalho é a prisão preventiva, analisando sua importância para a administração da justiça. Estudiosos apontam que a prisão preventiva é a mais importante espécie de prisão cautelar, devido a todas as circunstâncias que a ela envolvem e os critérios legais que devem ser obedecidos, considerada também como uma das medidas mais drásticas por ir de encontro ao direito constitucional da liberdade, que é a regra (RANGEL, 2000).

As sementes da prisão preventiva tiveram suas origens no Direito Penal privado Romano, conforme verifica Tornaghi (1963) em que o cárcere como providência cautelar era destinado "a assegurar a presença do acusado, evitar-lhe o conluio com outros acusados e impedir que ele destruísse os vestígios do crime, corrompesse ou intimidasse testemunhas, peritos, juízes ou perturbasse a ordem" (TORNAGHI, 1963. p. 196).

Até o fim do século XVIII a prisão era utilizada como medida de contenção para aqueles que aguardavam sua sentença. Não era utilizada como sanção penal, mas sim como medida assecuratória da aplicação da condenação. (BITENCOURT, 2001). Contudo observa-se também que já existia maior preocupação com arbitrariedades causadas em nome do Estado, então medidas foram tomadas para evitar abusos, conforme relata Pirangelli (1983):

[...] durante toda a Idade Média, mereceu a prisão preventiva uma especial preocupação dos soberanos e procuradores dos conselhos em cortes, para evitar-se as prisões ilegais, arbitrárias, quem tirasse do inocente a sua liberdade. Nos conselhos só os juízes podiam ordenar a captura; nas localidades onde existisse castelo, o policiamento pertencia ao alcaide, que o delegava no alcaide-menor. Os meirinhos e corregedores, quando de suas inspeções, podiam ordenar a prisão de suspeitos (PIRANGELLI, 1983, p. 53).

Fica claro que o encarceramento a princípio era utilizado com medida cautelar e não punitiva, visando garantir a aplicação de outras penas, passando a ser utilizada como sanção penal apenas já na era moderna (BITENCOURT, 2001).

No direito brasileiro é possível observar o instituto da prisão preventiva já nas chamadas "Ordens Manuelinas", formadas entre 1512 a 1605, sendo que só

seria admissível a prisão preventiva após a “querela”, que seria a denúncia de um crime, dispensando a apresentação de provas. Somente nos casos de crimes de menor potencial ofensivo era necessária a apresentação de provas para a decretação da prisão. As Ordenações Filipinas trouxeram inovações neste sentido, passando a ser necessária a apresentação de provas para então ser decretada a prisão preventiva, independentemente da gravidade do crime (ALMEIDA JUNIOR, 1973).

Em 1612 a Lei da Reforma da Justiça manteve a necessidade da apresentação de provas para se decretar a prisão preventiva. Cruz (2011, p. 29) relata que “por direito antigo ninguém podia ser preso antes da culpa formada do delito; e era tal a observância que, ainda que depois da prisão sobrevenha prova do delito, não pode o preso ser retido e há de ser restituído à sua liberdade”.

Após verificar abusos cometidos pelas autoridades judiciárias e políticas, o Príncipe Regente Dom Pedro em 1821 determinou que:

[...] nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente (CRUZ, 2011, p. 31).

Várias situações ao longo dos anos fizeram mudanças e trouxeram inovações às prisões cautelares, contudo em 1941, com o advento do Código de Processo Penal, a prisão preventiva teve sua aplicação ampliada e passou a abranger situações como o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal.

Com o advento do Código de 1941, houve um significativo avanço e, para compensar, um injustificável retrocesso [...]. Avanço, porque se passou a exigir – ao menos no texto legal – que a prisão preventiva do indiciado ou acusado fosse precedida de análise quanto a sua necessidade, por critérios que, a despeito de nem sempre precisos, conferiram maior objetividade a tal decisão. Retrocesso, porque se introduziu a regra inexorável da prisão obrigatória para crimes punidos com pena máxima igual ou superior a 10 anos de reclusão (CRUZ, 2006, p. 43).

Para o professor Luiz Flavio Gomes (1994) as bases das prisões cautelares se sustentam nos fundamentos da prisão preventiva, afirmando que:

O eixo, a base, o fundamento de todas as prisões cautelares no Brasil residem naqueles requisitos da prisão preventiva. Quando presentes, pode o juiz fundamentadamente decretar qualquer prisão cautelar; quando ausentes, ainda que se trate de reincidente ou de quem não tem bons antecedentes, ou de crime hediondo ou de tráfico, não pode ser decretada a

prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (GOMES, 1994. p 02).

A Constituição de 1988 trouxe uma valorização das pessoas frente ao Estado, tornando mais maleável e deixando de lado aquela percepção autoritária:

A democracia é um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado e que se manifesta em todas as esferas da relação Estado-indivíduo. Inegavelmente, leva a uma democratização do processo penal, refletindo essa valorização do indivíduo no fortalecimento do *sujeito passivo do processo penal*. Pode-se afirmar, com toda segurança, que o princípio que primeiro impera no processo penal é a *proteção dos inocentes (débil)*, ou seja, o processo penal como direito *protetor dos inocentes*. Esse *status* (inocência) adquiriu caráter constitucional e deve ser mantido até que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado (LOPES JR., 2005, p.39).

Mirabete (1999, p.409) define prisão preventiva como sendo:

A prisão preventiva, em sentido estrito, é medida cautelar, constituída da privação de liberdade do acusado e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos legais, para assegurar os interesses sociais de segurança. É considerada um mal necessário, pois suprime a liberdade do acusado antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, mas tem por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Só se justifica em situações específicas, em casos especiais em que a custódia provisória seja indispensável. Por esse razão, a lei deixou de prever como obrigatória a prisão em determinadas situações, para ser uma medida facultativa, devendo ser aplicada apenas quando necessária segundo os requisitos estabelecidos nas normas processuais. Não é assim ato discricionário do juiz, limitado a certos, precisos e determinados casos. É praticamente pacífico nos tribunais que não impede a decretação da prisão Preventiva o art. 50, LVII. da CF, que se refere apenas ao princípio da presunção (ou estado) de inocência.

Essa modalidade prisão cautelar é considerada a principal forma de prisão processual prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Assim aponta Paulo Rangel (2000):

[...] no 'universo' da prisão cautelar de natureza processual, a prisão preventiva seria o sol e as demais prisões (em flagrante, em decorrência da decisão de pronúncia e em decorrência da sentença condenatória) seriam os planetas que o cercam e buscam nele sua fonte de luz, de energia, de sustento de vida (RANGEL, 2000. p.390).

A prisão preventiva (PP) encontra-se prevista no Código de Processo Penal brasileiro (CPP) no capítulo III, entre os artigos 311 e 316. Nestes artigos encontram-se tudo aquilo que é necessário para a decretação desta prisão excepcional. No artigo 312 estão presentes os requisitos só podendo ser decretada pela autoridade judiciária se presentes estes requisitos ali elencados.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

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

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

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

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

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.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Para Fernanda Bestetti de Vasconcelos (2008), a prisão preventiva:

[...] ocorre pela prova da existência de um delito, e para que seja decretada é necessário que haja um número suficiente de indícios que sustentem a sua autoria. Esta modalidade é decretada durante o inquérito policial e pode ser justificada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução ou mesmo para assegurar a aplicação da lei penal (VASCONCELOS, 2008, p.107).

Muito se questiona sobre a real necessidade, eficácia e legalidade das prisões cautelares, em especial a prisão preventiva, visto o estado de presunção da inocência descrito na Carta Magna deste país, sendo este um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Contudo, não há o que se falar sobre ilegalidade desta modalidade de prisão, tendo em mente sua previsão legal no CPP. Porém sua eficácia e real necessidade é um debate quase sem fim entre os juristas brasileiros, mas observa-se uma corrente majoritária a favor desde instituto frente ao interesse social pela preservação da ordem pública (MIRABETE, 2006).

Esta modalidade de prisão é considerada pelos estudiosos como a mais difundida pelo judiciário brasileiro, assim afirma Carvalho Neto (2004):

A prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência, bem como a mais utilizada hoje no processo penal brasileiro. Encontra-se disciplinada nos artigos 311 e seguintes do Código de processo Penal. Todavia, é no artigo 312 que se encontram os requisitos necessários a sua decretação. Estes requisitos podem ser divididos em dois grupos que aqui denominaremos de concomitantes e alternativos. Para a decretação de toda e qualquer prisão preventiva devem estar presentes os dois requisitos concomitantes e ao menos um dos alternativos. São requisitos alternativos: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal. Enquanto são requisitos concomitantes: a prova da existência do crime (materialidade) e indícios suficientes de autoria. Alguns autores (5) ainda, numa clara comparação entre doutrina processual civil e penal, identificam os requisitos concomitantes como sendo o *fumus boni iuris* e os requisitos alternativos como o *periculum in mora* (CARVALHO NETO, 2004, p.270).

Como relatado acima, esta é a modalidade de prisão mais difundida pelo judiciário, visto que a prisão em flagrante passou a ter uma vida muito curta, pois dentro de 24 horas o juiz deverá manifestar pela conversão da prisão em preventiva, ou relaxar a prisão de acordo com os requisitos exigidos para tal.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

A prisão preventiva possui diversas controvérsias quanto a sua finalidade. A doutrina majoritária diz ser um “mal necessário” em prol da coletividade que sempre estará acima do interesse privado, entretanto a corrente doutrinária em desfavor desta medida cautelar afirma que a prisão preventiva é um retrocesso à luta por todos os direitos e garantias conquistados pela sociedade no que se refere ao âmbito processual.

Segundo Luigi Ferrajoli (2002), a doutrina majoritária veda os olhos para as consequências que esse “mal necessário” pode acarretar a um inocente preso injustamente. Assim, ela afirma que “tornou-se a invocar a “dura necessidade” e a lamentar a dolorosa “contradição”, não sem temer as “consequências extremas” de uma interpretação literal da presunção constitucional de não culpabilidade”.

O principal argumento da corrente doutrinada em desfavor da prisão preventiva está na “inconstitucionalidade” da medida cautelar, tendo em vista que na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Assim, afirmam que essa medida cautelar é o mais novo modelo de tormenta aplicada ao acusado, tendo em vista que ela antecipa a punição do mesmo antes do processo transitar em julgado (FERRAJOLI, 2002).

A doutrina majoritária e o Supremo Tribunal Federal (STF) alegam que a prisão preventiva não possui a finalidade de punir, de afligir ou antecipar a pena do acusado, seu objetivo é preservar o andamento procedimental do devido processo legal, bem como garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

O STF reitera que essa medida cautelar deve ser fundamentada em elementos concretos que justifiquem sua conveniência tais como a prevenção da reincidência do acusado a criminalidade enquanto o processo está em andamento, garantindo a ordem pública, preservar o devido processo legal em seu aspecto procedimental e garantir que o estado exerça seu direito de *Jus Puniend*, atingindo a finalidade útil do processo.

Entretanto estes fundamentos são denunciados por doutrinadores como Fracon (2016), por serem vagos e flexíveis quanto a interpretação e em virtude de não possuírem um conceito concreto visto que estão a todo momento sendo ensejados de novas definições por doutrinadores, juristas e tribunais, assim deixando-os livres para possíveis interpretações arbitrárias. Desde modo, ele critica que existe a banalização da prisão preventiva tendo como base estes fundamentos que estão a todo momento sujeitos a novas interpretações.

Estes fundamentos são vistos ainda como “imorais” e “injustos” por alguns doutrinadores, pois ao ser afirmado que esta medida cautelar acolhe a finalidade de prevenir, de modo que o sujeito não volte a delinquir para garantir a ordem pública, contraria o princípio da presunção da inocência, visto que presume-se então a culpabilidade do agente e não sua inocência. Desse modo, este fundamento se enquadra nas finalidades do *Jus puniend*, pois ao acolher esta finalidade, ela se autodenomina como uma antecipação da pena (CARRARA, 1998).

Quanto ao direito de *Jus puniend* do Estado para atingir a finalidade útil do processo, Beccaria (1764) afirma que com a cultura de primeiro aprisionar para depois apurar a veracidade do fato, o acusado, naturalmente, temerá não somente pela restrição de sua liberdade, mas também pelo ambiente hostil e degradante em que ficará encarcerado. Assim, Beccaria afirma que se houvesse o respeito a presunção da inocência durante o decurso do processo, o acusado claramente estaria disposto a provar sua inocência e não a fugir (BECCARIA, 1764).

Ainda seguindo a linha de pensamento da doutrina em desfavor da prisão preventiva, defende-se que a medida cautelar firmada no fundamento de preservar o devido processo legal em seu aspecto procedimental possui, na verdade, um efeito oposto ao que propõe a doutrina majoritária. Alega-se que o acusado em liberdade pode influenciar o resultado do processo através de ameaças e/ou suborno a testemunhas e autoridades que estejam acompanhando seu processo, danificação e/ou alteração de provas e informações a seu desfavor, assim como qualquer outra medida que possa danificar o andamento do processo legal.

Deste modo, para evitar que isso ocorra, opta-se pela decretação da prisão preventiva do acusado. Entretanto, essa situação pode ser vantajosa para a parte delatora, tendo em vista que o encarceramento do acusado dificultará o mesmo de provar sua inocência, podendo então a acusação aproveitar-se dessa situação para danificar e/ou modificar provas em desfavor do acusado, bem como qualquer outra medida que possa comprometer o andamento do devido processo legal, de modo a prejudicar o acusado (CARRARA, 1998).

O STF investe a essas afirmações ao declarar que a jurisprudência a cercada prisão preventiva é taxativa, o que não torna essa medida cautelar arbitrária, pois é necessário bem mais do que apenas a existência da materialidade do delito e indícios suficientes da autoria do crime. Por mais grave que seja o crime e por mais vigorosa que seja a prova da autoria, essas presunções, por si só, não são suficientes para justificar o encarceramento preventivo do acusado, é necessário que a prisão preventiva esteja ensejada em pelo menos um de seus fundamentos citados anteriormente neste trabalho.

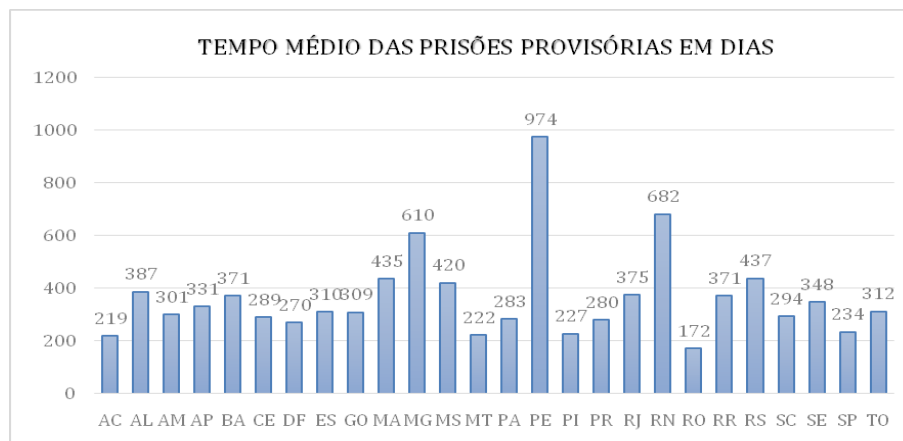
Em afirmação ao entendimento do STF, Mirabete (2002) sustenta que a prisão preventiva deve ser encarada como:

Um mal necessário, uma dolorosa necessidade social perante a qual todos devem se inclinar, mas como ato de coação processual e, portanto, medida extremada de exceção, só se justifica em situações específicas, em casos especiais onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável (MIRABETE, 2002, p. 384).

Vale ressaltar que muitos doutrinadores não estão em contraposição a prisão preventiva em si, e sim ao modo como ele é aplicada, dado que essa medida cautelar é necessária para o andamento do devido processo legal, contudo deve ser aplicada somente pelo tempo necessário, o que deveria ser refletido em horas ou dias, e não em meses e/ou anos (BENTHAM, 2008).

Segundo dados atualizados do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), existem aproximadamente 221.054 presos aguardando a tramitação do seu processo, 34% da população carcerária brasileira que espera, aproximadamente, 350 dias para ter um parecer do seu processo, como mostra o gráfico a seguir:

Gráfico 3.1 Levantamento do CNJ com Tribunais de Justiça (janeiro de 2017)



Fonte: Conselho Nacional de Justiça 2017

A história do direito está banhada de sangue de inocentes para que a sociedade alcançasse hoje o direito e a garantia ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa. Ferrajoli (2002), questiona o número de inocentes que estão inseridos nesses dados acima demonstrados, e reitera que a prisão preventiva é um retrocesso a estas conquistas, pois uma medida em que tem-se a liberdade injustamente privada antes de qualquer decisão condenatória não pode ser considerado progresso na história do direito.

Carrara (1988) reconhece que o homem possui o desejo primitivo de punir a todo custo aquele que viola as normas sociais, a prova disso está na história do direito em que se matava de formas cruentas o acusado pelos crimes mais banais. O autor reitera que os tempos mudaram, a sociedade evoluiu, mas não o desejo primitivo de vingança do homem, pois somente assim para aceitar tamanha atrocidade ao que se refere a prisão preventiva.

Todo policial militar deve ter em mente o conhecimento básico relacionado ao direito, visto que lida diretamente na garantia destes direitos ao cidadãos através da sua atividade profissional. Portanto, é de sua importância que ao findar-se os treinamentos e desde o início da sua atuação nas ruas, o policial militar deve saber as diferenças entre as modalidades de prisões, conhecer cada uma delas para que saiba exatamente o que fazer ao deparar com situações de

flagrância, ou no cumprimento de mandados de prisão, visto que a esmagadora maioria dos mais de 300 mil mandados de prisão que aguardam cumprimento, são de prisões preventivas, outros poucos de prisão temporária e outros tantos de prisão civil por inadimplência na prestação alimentícia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma medida cautelar fundada na privação de liberdade do acusado sem que antes o mesmo tenha recorrido ao último recurso cabível para a comprovação de sua inocência pode soar como externamente injusto. Entretanto, vale ressaltar que tal medida só será aplicada em último caso, sua decretação deve estar ensejada em fundamentos legais, periculosidade do agente, materialidade e autoria do crime comprovada.

A prisão preventiva de forma alguma deve ser tratada como arbitrária ou inconstitucional, tendo em vista que esta tipificada nos preceitos legais tais como o código de processo penal, o entendimento da jurisprudência e da doutrina, bem como a previsão legal já firmada segundo entendimento dos guardiões da Constituição Federal, o STF. Logo, se a prisão preventiva de fato fosse uma medida arbitrária e inconstitucional, que tivesse como finalidade a antecipação do sofrimento do acusado, tal medida cautelar não teria respaldo nos preceitos legais supracitados, tendo em vista que a sociedade garantista está em constante desenvolvimento e nunca houve tanto respeito e avalia a dignidade da pessoa humana, como se presencia nos dias atuais.

Como já mencionado neste trabalho, a garantia da ordem pública é o principal fundamento em que a prisão preventiva é ensejada, tendo em vista que este fundamento é de suma importância para o estado, pois ao longo da história, a sociedade abriu mão de algumas liberdades, como a vingança privada, para o convívio em bem-estar coletivo, confiando somente ao estado a função do *Jus puniend*.

Essa medida cautelar se faz necessária, pois sua finalidade esta na preservação do andamento procedimental do devido processo legal, o que pode ser prejudicado caso o acusado se encontrar em liberdade, impedir a fuga do acusado e a manter ordem social, tendo em vista que a sociedade não se sentirá segura em virtude de um infrator a solta, o que pode ocasionar uma “vingança privada” da

sociedade para com o infrator, como linchamentos que podem até custar a vida do acusado.

Infelizmente, não temos um sistema prisional que reeducada, a função do sistema está reduzida somente a punição. Deste modo, quando o acusado/condenado retornar para a sociedade, o mesmo será taxiado como ex-presidiário e perigoso, por mais que tenha cumprido sua pena e pagado sua dívida com o estado. Consequentemente, devido a não ressocialização dentro do sistema carcerário, as chances de reincidência ao crime se tornam maior, de modo que deixe a polícia militar mais exposta e exigirá uma maior atenção, tendo em vista que é função da mesma prevenir e/ou combater o ato criminoso.

Assim, a prisão preventiva é uma medida cautelar que possui caráter excepcional, com respaldo legal, que tem por finalidade, sobre tudo, garantir a ordem social para que a mesma não fique à mercê de agentes criminosos, entretanto, de nada adiantará tal medida cautelar se não houver uma reformulação no sistema que reintegre o acusado/condenado a sociedade, tendo em vista que a sociedade e a polícia militar que arcaram futuramente com as consequências desse má reformulação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O Processo Criminal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BECCARIA. **Dos Delitos e Das Penas**, São Paulo: José Bushatsky, 1978.

BENTHAM, Jeremy. **O Panoptico**. Tradutor: Tomza Tadeu da Silva. São Paulo: Autêntica, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo. Saraiva. 2011.

BRASIL, República Federativa do. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acessado em 02/002/2018.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal do Brasil**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>>Acessado em 10/02/2018.

CALDEIRA, 2009 CALDEIRA, Teresa. **Cidade de muros: Crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: Editora 34, 2000.

CARRARA, Francesco. **Estigmas da criminalização**. Florianopolis. 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Saraiva, 2003.

CAVALHEIRO NETO, Augusto. **A insuficiência da garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva**. Jus Navegandi. Teresina: 2004.

CNJ, **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 abril de 2018.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas - Com a Lei 12.403/11**. 2 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRACON, Stéfano. **A inconstitucionalidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública**. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/387534347/a-inconstitucionalidade-da-prisao-preventiva-para-a-garantia-da-ordem-publica>. Acesso em 10 de abril de 2018.

GOMES, Luis Flávio. **Revista Jurídica**, n. 189, Porto Alegre: Síntese, jul. 1994

GARCEZ, William. **A prisão preventiva à luz da doutrina e da jurisprudência**: Disponível em: <https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/314775827/a-prisao-preventiva-a-luz-da-doutrina-e-da-jurisprudencia>. Acesso em 10 de abril de 2018.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. in Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JORGE, Jefferson. **Para Aprender Direito - Direito Processual Penal**. Bf&a, 2005.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antônio Dix Silva; Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Ed. dos Tribunais. 2003.

MIRABETE, JulioFahhrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 6 ed. São Paulo:Atlas. 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo. Atlas. 2006.

NETO, José de Oliveira. **Dicionário Jurídico Universitário** – Terminologia Jurídica e Latim Forense. 1ª ed. São Paulo: Edijur, 2005.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 26. Ed. Atual. Por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraia. 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

PRADO, Luis Regis. **Direito de Execução Penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010.

PIRANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes Legislativas**. São Paulo: Editora Jalovi, 1983.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal; Parte Geral – I**. 2 ed. São Paulo: Editora de Atlas, 2006.

TORNAGHI, Manuel de. **Processo Penal, Prisão e Liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1963.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VASCONCELOS, Fernanda Bestetti de. **Prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Dissertação de mestrado apresentada a Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2008.