

MODALIDADES DE PRISÃO E SUA EFICÁCIA NO DIREITO BRASILEIRO

MODALITIES OF PRISON AND ITS EFFECTIVENESS IN BRAZILIAN LAW

DUTRA, João Paulo Pereira¹

RIBEIRO, Diomar Luciano²

RESUMO

O presente estudo visa a uma abordagem sobre a eficácia das modalidades de prisão previstas no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista as garantias constitucionais dos indiciados e acusados presos, elencados no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como as previsões legais contidas na legislação processual penal codificada, além da legislação extravagante. Importante ainda se faz destacar as implicações sociais e jurídicas de tais modalidades de prisão, sobretudo a prisão preventiva enquanto medida cautelar a fim de assegurar o resultado útil da instrução processual penal, atentando-se ainda para o fato de que o sistema penitenciário brasileiro vivencia uma crise ocasionada pelo número insuficiente de vagas para presos em regimes fechado e semiaberto, que seria agravada caso todos os mandados de prisão preventiva que aguardam cumprimento fossem cumpridos. O presente artigo procura ainda discutir, com base nos ensinamentos dos principais juristas brasileiros, sobre o papel do Poder Judiciário enquanto aplicador da lei no caso concreto, bem como relacionar a importância do tema com o papel fundamental e de suma importância da Polícia Militar para a consecução da pacificação social e da ordem pública. Importante, ainda, através das pesquisas desenvolvidas, encontrar resposta para o principal questionamento em torno do tema, qual seja, de que forma se poderia buscar maior efetividade às prisões e de como o Poder Público deve agir para conciliar os interesses da sociedade, que cobra rigidez na aplicação das leis e vive amedrontada com a criminalidade, com as garantias constitucionalmente previstas em favor dos infratores.

Palavras-chave: Constituição Federal. Direito Processual Penal. Efetividade. Prisão. Presunção de inocência.

¹ Aluno soldado do curso de formação de praça 2017/02, turma A Anápolis, Comando da Academia da Polícia de Goiás -CAPM pjpaulo22@hotmail.com

² Professor orientador : Diomar Luciano Ribeiro ,titulação Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás –CAPM. diomarluciano@hotmail.com

ABSTRACT

The present study aims at an approach about the effectiveness of the modalities of imprisonment provided for in the Brazilian legal system, in view of the constitutional guarantees of the accused and the accused arrested, listed in article 5 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, as well as the existing provisions contained in the penal procedure legislation codified, in addition to the legislation extravagant. Important still is to highlight the implications of legal and social of such arrangements of the prison, especially the pre-trial detention as a precautionary measure in order to ensure that the result is useful to statement criminal procedure, paying attention also to the fact that the Brazilian penitentiary system experienced a crisis caused by the insufficient number of places for prisoners in the regimes of closed and semi-open prison, which would be exacerbated if all of the warrants pre-trial detention awaiting fulfillment to be fulfilled. The present article tries to discuss, based on the teachings of the main Brazilian jurists, about the role of the Judiciary as enforcer of the law in the concrete case, as well as relate the importance of the topic with the fundamental role and importance of Military Police to the achievement of social peace-keeping and public order. Important, also, through the research developed, to find an answer to the main question of the theme, which is, that way if you could seek the most effective to prisons and how the government should act to reconcile the interests of society, that snake rigidity in the application of the laws and lives frightened with the crime, with the guarantees in the constitution that provided for in favor of the offenders.

Key-words The Federal constitution. Penal Procedural Law. Effectiveness. Prison. Presumption of innocence.

1 INTRODUÇÃO

O direito de ir, vir e permanecer é, senão a maior, uma das importantes liberdades garantidas pelo Estado Democrático de Direito, somente se justificando a sua supressão pela prática de infrações penais, que põem em risco a pacificação social e a ordem pública. Embora a liberdade seja a regra, há que se examinarem quais as suas exceções.

A principal delas, objeto do presente trabalho, diz respeito às prisões em suas diversas modalidades. Mais do que isso, o objetivo primordial do presente estudo é discutir, com base em renomados autores na área criminal, sobre a eficácia das modalidades de prisão admitidas no Direito brasileiro.

Muito se discute sobre a eficácia dessas prisões, seja para garantir o bom andamento das investigações criminais e da instrução processual penal, seja para promover a pacificação social, esta prejudicada pelo cometimento de crimes. Ao

mesmo tempo, há que se reconhecer que a sociedade cobra do Estado o encarceramento, ao passo que milita em favor do indiciado/acusado a presunção de inocência, princípio constitucional consagrado.

O presente estudo objetivou analisar a utilização de conceitos e princípios relacionados à eficácia de cada modalidade de prisão existente no ordenamento jurídico: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. Pretende ainda enfatizar a atuação policial nesses casos, dada a sua importância indiscutível para o funcionamento do aparato de segurança pública.

Dentre os principais conceitos analisados, estão o de prisão propriamente dita e seus tipos (prisão-pena e prisão processual ou cautelar), o flagrante delito, a prisão preventiva, a prisão temporária (prevista em legislação específica), o princípio da presunção de inocência e as garantias penais e processuais penais consagradas no artigo 5º da Constituição, que diz em seu caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (BRASIL, 1988)

Tal assunto revela-se de suma importância para a Polícia Militar, uma vez que a mesma lida com as prisões em seu cotidiano, sejam elas em flagrante delito, preventivas, temporárias ou definitivas, o que reforça a necessidade de os soldados possuírem esse conhecimento na sua atuação em prol da pacificação social e da ordem.

1.1. OBJETIVO GERAL

Discutir acerca de eficácia das modalidades de prisão previstas no ordenamento jurídico brasileiro, com amparo nas previsões legais e constitucionais, bem como nas lições doutrinárias trazidas em obras de diversos autores.

1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Apresentar os conceitos iniciais e os fundamentos constitucionais e legais acerca da prisão e suas modalidades;
- Expor as modalidades de prisão, à luz da Constituição Federal, do Código de Processo Penal e da legislação ordinária extravagante;

- Discutir, com amparo nas obras dos principais autores da área criminal, sobre a eficácia das prisões no atual contexto, sobretudo no que tange ao papel da Polícia Militar no combate à criminalidade e à repercussão das políticas criminais como forma de reduzir os problemas que hoje afligem o sistema penitenciário brasileiro.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 CONCEITOS INICIAIS

Em sentido amplo, é a prisão a medida que visa à punição ou correção por meio da privação de liberdade, seja pela prática do ilícito, seja por ordem legal, emanada de juiz competente. Para o devido aprofundamento do conceito, importante destacar o que disse Júlio Fabbrini Mirabete:

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 autor de contravenções; "prisão" para crimes militares, além de sinônimo de "reclusão" e "detenção"), o ato da captura (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado) 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, 2000, p. 359)

Diversas são as modalidades de prisão no direito brasileiro, que têm espaço nas mais diversas situações jurídicas. Porém, essencialmente, há que se falar em duas espécies fundamentais da prisão: a prisão-pena, que consiste na privação da liberdade em caráter definitivo, tendo em vista a prolação de sentença penal condenatória transitada em julgado, da qual não cabe mais qualquer recurso; e a prisão cautelar, também conhecida como prisão sem pena ou prisão processual.

Sobre a prisão-pena, ensina Fernando Capez:

a) Prisão-pena ou prisão penal: é aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Não tem finalidade acautelatória, nem natureza processual. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado. (CAPEZ, 2016, p. 223)

É a prisão-pena a satisfação da pretensão, tanto punitiva como executória, do Estado no exercício do seu poder de punir. Uma vez sentenciado, o condenado se submete à vontade estatal pelo seu encarceramento, este oriundo de decisão judicial que pôs fim ao processo, acarretando em sua condenação à pena privativa de liberdade . No tocante à prisão sem pena ou cautelar ou processual, Fernando Capez destaca a sua natureza acautelatória, conforme a seguir:

b) Prisão sem pena ou prisão processual: 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. Nada tem que ver com a gravidade da acusação por si só, tampouco com o clamor popular, mas com a satisfação de necessidades acautelatórias da investigação criminal e respectivo processo. (CAPEZ, 2016, p. 223)

Enquanto que na prisão-pena, a privação de liberdade resulta de sentença que impõe a condenação após o exercício de valoração das provas pelo juiz e de robusta fundamentação, a prisão cautelar se fundamenta em ordem legal, sem o balanceamento da gravidade do crime cometido e sem valoração dos elementos que determinem a condenação, como ocorre no caso das prisões definitivas.

2.1. 2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

A Constituição de 1988 prevê uma série de direitos e garantias a serem observadas quanto aos presos, estando as mesmas contidas no artigo 5º, em diversos incisos. Tais disposições já eram observadas quando do Código de Processo Penal, ainda do ano de 1941. Destacou Mirabete:

É nesse sentido que o artigo 282 do CPP reza que, à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente, que, hoje, é apenas a autoridade judiciária (art. 5º, LXI, da CF). Mas, por permissão constitucional, pode-se efetuar a prisão sem mandado judicial nas hipóteses de flagrante (art. 5º, LXI), transgressão militar ou crime propriamente militar (art. 5º, LXI), prisão durante o Estado de Defesa (art. 136, § 3º, I) e do Estado de Sítio (art. 139, II), além de se permitir pela lei processual a recaptura do foragido (art. 684 do CPP), caso em que o

recolhimento anterior era legal por ter sido ele autuado em flagrante ou por ter sido recolhido em virtude da expedição de mandado de prisão. (MIRABETE, 2000, p. 360)

O flagrante delito ou prisão em flagrante é a única exceção à seguinte regra: de que nenhuma prisão se dará sem a devida ordem legal ou sem a pronúncia, nos casos de crimes dolosos contra a vida. Qualquer prisão que resulte arbitrária por ausência desse requisito deverá ser relaxada imediatamente.

Um dos postulados de maior relevância no sistema criminal brasileiro e que norteia a atuação das forças de segurança pública e das autoridades judiciárias é o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será declarado culpado, senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Porém, tal presunção não é novidade, conforme ensina Eugênio Pacelli:

O princípio da inocência, ou da não culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal). (PACELLI, 2017, 234)

O indivíduo é considerado inocente até que sobrevenha sentença penal condenatória que o declare culpado por algum crime, constituindo, portanto, valor normativo a ser considerado durante todo o curso procedimental, tanto investigatório como processual.

Em consonância com tal princípio, se alguém é inocente até decisão judicial em sentido contrário, a liberdade do indivíduo deve ser a regra enquanto não declarado culpado, ao passo que a prisão deve ser a exceção. E será exceção nos casos de prisão em flagrante, temporária e preventiva, espécies de prisão cautelar que serão delineadas em tópico oportuno.

Declara o artigo 283 do Código de Processo Penal que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941)

Nenhuma prisão, salvo a decorrente de flagrante delito, será realizada sem o correspondente mandado.

2.1.3 MODALIDADES DE PRISÃO

Quanto à prisão-pena ou definitiva, não há muito que se expor, uma vez que a situação de encarceramento decorre da declaração de culpabilidade em sentença penal condenatória transitada em julgado, a qual origina a execução penal propriamente dita.

O que é importante é destacar as modalidades de prisão cautelar ou processual, também chamadas de prisão provisória. Esta inclui a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária.

A prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é excepcional, visto que até o implemento desse trânsito em julgado, a liberdade do indivíduo é a regra, tendo em vista que advoga em favor do mesmo a presunção de inocência, tornando a prisão provisória a exceção.

Eugênio Pacelli explica sobre a excepcionalidade da prisão cautelar:

É dizer: somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo. Esclareça-se, ao propósito, que a prisão temporária, ao contrário da preventiva, somente é cabível na fase de investigação, já que instituída para o fim de melhor tutelar o inquérito policial, nos termos da Lei nº 7.960/89. Já a veremos. Por isso, apenas as razões da prisão preventiva (art. 311, art. 312 e art. 313, CPP) poderão justificar a custódia cautelar no curso do processo. (PACELLI, 2017, p. 235)

Essencialmente, três são as modalidades de prisão cautelar, a saber: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária (Lei n. 7.960/1989). A diferença pontual entre as três é que a prisão em flagrante ocorre nas chamadas situações de flagrância, assim definidas no CPP; a preventiva ocorre em hipóteses autorizadas contidas no CPP e a temporária, a fim de melhor tutelar as atividades policiais investigatórias.

No que tange à prisão em flagrante, três são as modalidades: o flagrante próprio, o flagrante impróprio e o flagrante presumido. Sobre o flagrante próprio, Fernando Capez ensina que:

a) Flagrante próprio (também chamado de propriamente dito, real ou verdadeiro): é aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la (CPP, art. 302, I e II). Nesta última hipótese, devemos interpretar a expressão “acaba de cometê-la” de forma restritiva, no sentido de uma absoluta imediatidade, ou seja, o agente

deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal (sem qualquer intervalo de tempo). (CAPEZ, 2016, p. 231)

Trata-se, portanto, do que se conhece ordinariamente como flagrante, no qual o agente é surpreendido cometendo a infração penal, consumando-a. Há também o flagrante impróprio, em que Capez ensina que o agente é perseguido logo após a prática delituosa:

b) **Flagrante impróprio** (também chamado de irreal ou quase flagrante): ocorre quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser o autor da infração (CPP, art. 302, III). No caso do flagrante impróprio, a expressão “logo após” não tem o mesmo rigor do inciso precedente (“acaba de cometê-la”). Admite um intervalo de tempo maior entre a prática do delito, a apuração dos fatos e o início da perseguição. Assim, “logo após” compreende todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor. Não tem qualquer fundamento a regra popular de que é de vinte e quatro horas o prazo entre a hora do crime e a prisão em flagrante, pois, no caso do flagrante impróprio, a perseguição pode levar até dias, desde que ininterrupta. (CAPEZ, 2016, p. 231)

Ainda no campo da prisão em flagrante, Capez cita o flagrante presumido como terceira modalidade do flagrante delito, na qual o agente é presumido o autor pelo porte de instrumentos, armas, objetos ou papéis que o façam presumir ser ele o autor da infração:

c) **Flagrante presumido** (ficto ou assimilado): o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração (CPP, art. 302, IV). Não é necessário que haja perseguição, bastando que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito em situação suspeita. Essa espécie de flagrante usa a expressão “logo depois”, ao invés de “logo após” (somente empregada no flagrante impróprio). Embora ambas as expressões tenham o mesmo significado, a doutrina tem entendido que o “logo depois”, do flagrante presumido, comporta um lapso temporal maior do que o “logo após”, do flagrante impróprio. (CAPEZ, 2016, p. 231)

Em apertada síntese, Eugênio Pacelli examina as modalidades de flagrante:

Bem examinadas as coisas, veremos que apenas a situação mencionada no art. 302, I, do CPP se prestaria a caracterizar uma situação de ardência, de visibilidade incontestável da prática do fato delituoso. Ali se afirma a existência da prisão em flagrante quando alguém está cometendo a infração penal (art. 302, I). Mas o mencionado art. 302 prevê também como situação de flagrante quando alguém acaba de cometer a infração penal (inciso II), em que, embora já desaparecida a ardência e crepitação, podem-se colher elementos ainda sensíveis da existência do fato criminoso, bem como de sua autoria. Ambas as situações são tratadas como hipóteses de flagrante

delito, reservando-se-lhes a doutrina a classificação de flagrante próprio. Os demais casos de prisão em flagrante vêm arrolados nos incisos III e IV do mesmo art. 302, em redação que reputamos das mais infelizes, quando não desnecessária. A hipótese do art. 302, III, chamada pela doutrina de flagrante impróprio ou quase-flagrante (expressão quase incompreensível), cuida do caso em que alguém “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”. (PACELLI, 2017, p. 250)

No tocante à prisão temporária, ensina Eugênio Pacelli que:

Foi justamente a preocupação com a complexidade das investigações de determinadas infrações penais, mais gravemente apenadas, a responsável pela elaboração da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que cuida da prisão temporária. Dissemos, logo no início da abordagem do tema relativo às prisões, que toda prisão, antes do trânsito em julgado, será sempre cautelar e também provisória. A prisão temporária não poderia fugir à regra. Trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, da Lei nº 7.960/89, no que cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, de cautela. E será ainda provisória, porque tem a sua duração expressamente fixada em lei, como se observa de seu art. 2º e também do disposto no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). A citada Lei nº 7.960/89 prevê que a prisão temporária, ao contrário da prisão preventiva, dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais, daí por que não se pode pensar na sua aplicação quando já instaurada a ação penal. (PACELLI, 2017, p. 258)

A prisão temporária surgiu como solução para que a atividade investigatória da polícia pudesse ser melhor resguardada nos casos de crimes que demandam investigação complexa e detalhada. Entretanto, assim como qualquer prisão, observa os requisitos constitucionais e legais para sua decretação, assim como as demais espécies de prisão.

Deve-se asseverar que a prisão temporária somente encontra guarida no curso das investigações, não tendo qualquer cabimento quando já instaurada a ação penal. Não cabe, portanto, decretação de prisão temporária no curso do processo penal.

Por fim, a prisão preventiva se justifica conforme as hipóteses trazidas no artigo 312 do Código de Processo Penal, conforme a seguir:

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). (BRASIL, 1941)

A prisão preventiva é normalmente utilizada para a salvaguarda da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Note-se que sua incidência será em sede judicial, por decretação do juiz em decisão fundamentada.

A prisão preventiva é a prisão processual propriamente dita, uma vez que é decretada para assegurar o resultado útil da persecução penal, além de significar proteção à pessoa da vítima e à segurança pública. Diferentemente da prisão temporária, que assegura o bom andamento de investigações policiais complexas, a prisão preventiva encontra espaço já no curso da ação penal.

2.1.4 EFICÁCIA DAS PRISÕES

Em tempos de Estado Democrático de Direito e com a crescente criminalidade, muito se questiona sobre a eficácia e a efetividade do sistema processual penal brasileiro, principalmente no que tange ao encarceramento daqueles que põem em risco a paz social e a segurança das pessoas e do Estado.

Enquanto o sistema de garantias implementado pela Constituição de 1988 prega princípios como o da presunção de inocência e resguarda direitos individuais dos encarcerados a serem observados pelo Estado, a sociedade cobra do mesmo Estado políticas que visem ao encarceramento dos malfeitores, o que resume o grande problema da segurança pública no Brasil: como conciliar interesses em princípio antagônicos.

Mirabete justifica que as prisões cautelares são uma forma de sacrifício ao indivíduo que cometeu crimes para que o Estado apure a conduta e exerça seu direito soberano de punir, assim como promover a pacificação social, esta abalada pela prática delitiva:

Rigorosamente, no regime de liberdades individuais que preside o nosso direito, a prisão só deveria ocorrer para o cumprimento de uma sentença penal condenatória. Entretanto, pode ela ocorrer antes do julgamento ou mesmo na ausência do processo por razões de necessidade ou oportunidade. Essa prisão assenta na Justiça Legal, que obriga o indivíduo, enquanto membro da comunidade, a se submeter a perdas e sacrifícios em decorrência da necessidade de medidas que possibilitem ao Estado prover o bem comum, sua última e principal finalidade. (MIRABETE, 2000, p. 359)

Pacelli apela para os requisitos da necessidade e adequação das prisões cautelares, ao ensinar que:

O que ressalta dos aludidos textos é que toda e qualquer restrição a direitos individuais, além da exigência de ordem escrita e fundamentada do juiz, levará em conta a necessidade e a adequação da medida, a serem aferidas a partir da:

- a) garantia da aplicação da lei penal;
- b) conveniência da investigação ou da instrução criminal. (PACELLI, 2017, p. 237)

Esse sacrifício imposto ao indiciado/acusado decorre de sua própria prática criminosa, tendo o Estado o dever de apurá-la, fazendo uso de instrumentos necessários à sua efetivação. Entretanto, com as recentes mudanças legislativas, o sistema penal abriu espaço para as medidas cautelares diversas da prisão, o que tornou a prisão preventiva instrumento a ser manejado apenas em último caso:

É que a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando inadequadas ou descumpridas aquelas (as outras medidas cautelares). (PACELLI, 2017, p. 237)

A imposição de medidas cautelares diversas da prisão têm sido muito criticadas socialmente, pois dá a impressão de abandono da população pelo Estado, que hoje caminha para dar preferência a essas medidas, ao invés de recorrer diretamente à prisão preventiva, esta hoje admitida como último recurso.

A prisão em flagrante, conforme ensina Capez, não possui caráter permanente, pois pode ser elidida pela concessão de liberdade provisória ou pela imposição de medidas cautelares diversas. Caso o Estado entenda que o indivíduo deva continuar preso, sua prisão em flagrante será convertida em preventiva. Ou seja, a situação de flagrância não se protraí no tempo:

Antes do trânsito em julgado da condenação, o sujeito só poderá ser preso em três situações: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. No entanto, só poderá permanecer nessa condição em duas delas: prisão temporária e preventiva. A prisão em flagrante perdeu seu caráter de prisão provisória. Ninguém mais responde a um processo criminal por estar preso em flagrante. Em outras palavras, o sujeito é preso em razão do estado de flagrância, mas não permanece nessa condição por mais muito tempo. Lavrado o auto, a autoridade policial deverá remetê-lo ao juiz competente no prazo máximo de vinte e quatro horas a partir da prisão. O juiz, então, não se limitará mais a analisar a regularidade formal do flagrante, devendo justificar se é caso de convertê-lo em preventiva. Não havendo fundamento

para a prisão preventiva, o agente deverá ser solto e responder ao processo em liberdade. Antes, a pessoa presa em flagrante requeria a liberdade provisória e aguardava a concessão do benefício. A decisão era postergada muitas vezes até o final do processo-audiência, para só então ser analisada. Atualmente, logo após as primeiras vinte e quatro horas da prisão, o juiz já terá que fundamentar se é caso de prisão preventiva, justificando sua imprescindibilidade. (CAPEZ, 2016, p. 221)

A concessão de liberdade provisória ou conversão da prisão em flagrante em preventiva se dá nas tão criticadas audiências de custódia, na qual o juiz deve examinar cuidadosamente as circunstâncias em que se deram a prisão e decidir pelo encarceramento preventivo, pela concessão de medidas cautelares diversas ou pela concessão de liberdade provisória.

De qualquer modo, em duas dessas três situações, o Poder Judiciário poderá conceder a liberdade àquele preso em flagrante pelas forças públicas de segurança, o que tem causado insatisfação em toda a sociedade e em parte da comunidade jurídica.

Quando se diz em exame cuidadoso que deve o juiz realizar quando desses tipos de decisões, importante se faz destacar sobre o princípio da proporcionalidade. O juiz deve, logicamente, ser sensível à causa da segurança pública, que promove a pacificação social e a ordem. Entretanto, o princípio da proporcionalidade freia esse impulso, uma vez que direitos fundamentais do preso se encontram em jogo, devendo o juiz encontrar o perfeito equilíbrio para cada situação posta à sua apreciação.

Portanto, verifica-se que a eficácia das prisões previstas no sistema criminal brasileiro depende de múltiplos fatores a serem avaliados no caso concreto, devendo o juiz conciliar o interesse pela pacificação social e pela ordem, promovida pelas polícias e desejada pela sociedade refém da criminalidade; com os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos envolvidos, dentre os quais os do próprio preso.

2.1.5 DIFICULDADES PARA A EFICÁCIA DAS PRISÕES

Frequentemente a mídia nacional correlaciona a crescente violência e o encarceramento dos infratores da lei, muitas vezes frisando que tais políticas não têm sido bem-sucedidas no combate à criminalidade, dando a impressão de que a privação da liberdade de nada adianta.

Vale, por isso, destacar o que ensina Renato Marcão, no que se refere ao aumento da população carcerária do Brasil:

Dados oficiais do Ministério da Justiça apontam que no final do ano 2010 o Brasil ultrapassou a marca dos quinhentos mil presos, passando a figurar em quarto lugar dentre os países que mais encarceram (1º Estados Unidos da América do Norte; 2º China; 3º Rússia), porém, em primeiro lugar, quando se tem em conta o percentual de crescimento da população carcerária nos últimos anos, já que o acréscimo nacional foi de cerca de 450%. (MARCÃO, 2012, p. 27)

A ausência de políticas pública inteligentes é causa da crescente criminalidade, problema agravado pela superpopulação carcerária, que ocasionou a escassez de vagas nos regimes fechado e semiaberto de cumprimento de pena:

Impulsionando os elevados números temos, além da violência crescente, que a todos incomoda, e isso muitas vezes em razão da ausência de políticas públicas inteligentes e efetivas que ofereçam alternativas aos jovens (o maior contingente da população carcerária é composto por jovens entre 24 e 29 anos), o endurecimento das leis penais nas últimas décadas. (MARCÃO, 2012, p. 27)

O déficit, hoje, ultrapassa a cifra de 200 (duzentas) mil vagas no sistema penitenciário, o que ganha contorno mais graves tendo em vista a existência de mais de 500 (quinhentos) mil mandados de prisão aguardando cumprimento (MARCÃO, 2012, p. 27).

Se o problema já é gravíssimo considerando apenas os reclusos que já possuem sentença penal condenatória transitada em julgado já nas vias de execução penal, fica quase impossível de se resolvê-lo quando se somam a essa população carcerária os presos cautelares (presos preventivamente ou temporariamente).

A média de presos provisórios atinge a marca de 44%, desnaturando a aplicação do já mencionado princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em países democráticos, a média mundial gira em torno de 25%. O Brasil saltou de 18% para a marca de 44% (MARCÃO, 2012, p. 27).

Marcão resume a triste realidade brasileira:

É claro que estamos diante de flagrante distorção à regra constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade. Pois bem. Este é o quadro: violência crescente na maioria dos Estados; excesso na decretação de prisões cautelares; falta de investimentos suficientes e adequados com vistas à criação de vagas nos regimes fechado e semiaberto; permanência

de condenados irregularmente no regime mais severo, quando já promovidos ou inicialmente condenados ao cumprimento de pena no regime intermediário. (MARCÃO, 2012, p. 28)

Paulo Rangel explica que não se pode confundir a prisão cautelar com política séria de combate à criminalidade, tendo em vista que a prisão cautelar se resume às hipóteses previstas no Código de Processo Penal, sendo a ordem pública, por exemplo, apenas uma dessas hipóteses:

Contudo, não podemos confundir prisão cautelar com política pública séria de combate a violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso país. Se há roubo, homicídios, estupros etc. ocorrendo nas metrópoles, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter essa onda de violência e não culparmos o Judiciário que não lançou mão de uma medida cautelar para contê-la. Uma coisa é a certeza de que nas ruas não há polícia; outra, bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade de, no curso do processo, o réu ser preso. (RANGEL, 2015, p. 766)

Uma medida cautelar como a prisão preventiva não pode ser tomada como medida de combate à criminalidade. Tal confusão não deve prevalecer, tendo em vista a separação dos Poderes, uma vez que ao Poder Judiciário apenas cabe aplicar a lei posta.

É o Poder Executivo, portanto, quem deve cumprir seu papel de coibir a violência nas ruas, e não o juiz quando decreta uma prisão preventiva. Quando o juiz o faz, ele atua em favor da instrução processual e da apuração dos crimes:

Não é a prisão cautelar que vai resolver o problema da violência nas ruas, mas sim a adoção de políticas públicas sérias de combate à violência pelo Executivo. O Judiciário não pode substituir a ação do Executivo, salvo quando provocado por ação própria em decorrência de omissão ou ação lesiva a direito de terceiros. Não é o caso. Polícia nas ruas, garantindo nossa segurança, é problema do Executivo. Prisão cautelar, para assegurar o curso do processo penal justo, é medida a ser adotada pelo Judiciário. (RANGEL, 2015, p. 767)

A prisão cautelar precisa “sair da U.T.I.”, cabendo ao Judiciário adotar posicionamentos mais adequados à realidade do Brasil (NUCCI, 2016, p. 116). O emprego razoável e consciente da prisão cautelar deve ser sempre perseguido, de modo que tal medida não seja utilizada com roupagem de política criminal, em usurpação à atribuição do Poder Executivo:

Argumentos, por certo, existem para todos os gostos. Em face disso, parece-nos justo que exponhamos os nossos. Como magistrado da ativa, pretendemos decidir nossos casos da forma mais justa possível, pois não há nenhum ganho em soltar um réu, nem mesmo uma satisfação especial e

peçoal em prender alguém. Cada um que possa falar por si mesmo. (NUCCI, 2016, p. 116)

O Brasil já convive com a banalização das prisões cautelares, razão pela qual muitos são os obstáculos para a efetivação das políticas de combate à criminalidade e das finalidades das penas privativas de liberdade, o que será discutido no próximo subtítulo.

2.1.6 O RISCO DE BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES

A banalização da medida cautelar de privação de liberdade leva à crise de identidade do instituto, o que fica evidente diante dos casos concretos. Nucci confronta duas situações distintas, nas quais de um lado está um acusado com melhores condições financeiras, e de outro alguém com menor poder aquisitivo:

A crise de identidade da prisão cautelar é visível a partir do momento em que se coloca o foco nos casos concretos. Pessoas ricas raramente seguem ao cárcere preventivamente, pois elas têm emprego fixo, residência determinada e são primárias, sem antecedentes. Pessoas pobres, muitas desempregadas, terminam presas, pois podem fugir, já que não possuem emprego fixo (nem se leva em conta a crise econômica) e residência determinada (muitos nem possuem endereço claro, pois moram em favelas e até mesmo na via pública). (NUCCI, 2016, p. 113)

Outro ponto de grandes discussões diz respeito à prisão após julgamento na 2ª instância, sobretudo quando tais julgamentos envolvem pessoas politicamente influentes. Pessoas pobres normalmente não recorrem, tendo as mesmas que já cumprir suas penas imediatamente, ao passo que os mais ricos se utilizam de todos os recursos possíveis para rediscutir a condenação sofrida e os utilizam em liberdade:

Vale refletir se o STF (HC 126.292), ao limitar o âmbito da presunção de inocência, permitindo o cumprimento da pena após o julgamento de 2º grau, não teria agido no emprego realístico do princípio da isonomia. Afinal, os réus pobres quase não recorrem. Os acusados ricos utilizam todos os instrumentos possíveis para prorrogar o trânsito em julgado. Tratar desigualmente os desiguais não implicaria isso também, vale dizer, acabar com o excessivo emprego dos recursos para alguns e a carência deles para outros? (NUCCI, 2016, p. 114)

Nucci, apesar de a realidade apresentar uma verdadeira desigualdade entre ricos e pobres na aplicação da lei penal, defende veementemente a aplicação

da prisão cautelar de forma indistinta a ricos e pobres, não importando se o crime cometido foi um roubo ou furto, ou se foi cometido um crime de colarinho branco:

Esses argumentos não significam uma defesa da prisão para ricos e a soltura dos pobres. Seria simplesmente ilógico dirigir o pensamento a tal dedução. O que se tem de legítimo é a cautelaridade da prisão provisória. Somente deve ser decretada em último caso, mas precisa ser usada contra pobres ou ricos, conforme cada caso concreto. (NUCCI, 2016, p. 114)

Nucci condena ainda o “achismo” que norteia a aplicação das hipóteses de prisão preventiva, defendendo que sejam elaboradas leis que esclareçam o significado de tais hipóteses e delimitem o seu alcance:

Sustentamos seja elaborada por lei mais minuciosas definições dos requisitos da prisão preventiva. Enquanto isso não se der, teremos a mais absoluta liberdade para a interpretação dos juízes e tribunais, motivo pelo qual pouco se pode fazer para coibir prisões injustas ou para ratificar as justas. Tudo passa a ser uma questão de opinião. O achismo, que nunca nos pareceu correto, tem dominado muitos juízos e tribunais pátrios. (NUCCI, 2016, p. 114)

Enquanto não se der uma definição clara, é fundamental que se respeite, antes de tudo, o princípio da isonomia, segundo o qual tanto ricos como pobres devem ser submetidos à prisão cautelar sempre que necessário for, de modo que o Poder Judiciário não seja denominado como injusto ou arbitrário (NUCCI, 2016, p. 114).

A garantia da ordem pública é mencionada como o principal motivo para a decretação de prisão preventiva. Entretanto, Nucci adverte:

Quando se leva em conta, efetiva e realisticamente, o requisito da garantia da ordem pública – o principal motivo de preventivas –, tem-se, como regra, a importante preservação da segurança pública. Isso significa que o princípio da presunção de inocência não deve ser capaz de impedir a concretude da segurança pública. No entanto, é fundamental ser um fator real e não uma ficção, emanada de opinião subjetiva de um julgador. (NUCCI, 2016, p. 115)

Não é preciso encontrar um arsenal para prender alguém, tampouco se deve banalizar a prisão preventiva pelo simples fato de alguém portar uma arma de uso permitido e sem o devido porte (NUCCI, 2016, p. 116). Deve ser observada a necessidade da prisão preventiva, que é medida excepcional, de modo que a mesma não se torne regra.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

O presente artigo cumpriu os objetivos inicialmente propostos no sentido que conceituar e classificar o instituto da prisão, no sentido de que a prisão-pena consiste na privação da liberdade em caráter definitivo, tendo em vista a prolação de sentença penal condenatória transitada em julgado, da qual não cabe mais qualquer recurso.

No tocante à prisão cautelar, também conhecida como prisão sem pena ou prisão processual, verificou-se tratar a prisão efetuada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Capez (2016, p.223) destacou o caráter acautelatório, para que o processo penal atinja seus fins.

Verificou-se no decorrer do presente estudo a menção aos princípios constitucionais que norteiam o instituto da prisão, destacando Eugênio Pacelli (2017, p.234) a respeito do princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Pacelli (2017, p.234) destacou ainda a origem histórica do princípio, de inspiração nos ideais liberais que culminaram na Revolução Francesa de 1789, em contraposição ao Absolutismo monárquico. Destacou ainda o caráter excepcional da prisão cautelar, tendo em vista o referido princípio.

Destacam-se no presente artigo as modalidades de prisão cautelar, a saber: em flagrante delito, preventiva e temporária. Restaram evidentes as diferenças entre tais modalidades, sendo o flagrante aquele definido pela lei processual, que prevê as hipóteses de flagrância; a preventiva, como a prisão decorrente de determinação judicial no curso da ação penal; e a temporária, com o fim de resguardar o bom andamento e conclusão das investigações policiais.

A respeito da prisão em flagrante e da prisão preventiva, Pacelli(2017, p.261) pontuou que o flagrante busca a proteção do ofendido e a garantia da qualidade probatória, ao passo que a preventiva busca assegurar o melhor resultado do processo penal já instaurado, não se sendo, portanto, a prisão preventiva um instrumento de política criminal que visa tirar de circulação os infratores da lei.

Verificou-se, ainda, no decorrer da pesquisa e desenvolvimento do artigo, a respeito da preferências que as autoridades judiciárias têm dado às medidas cautelares diversas da prisão, cuja eficácia vêm sendo largamente questionada. Nas audiências de custódia, os presos podem ter o flagrante convertido em prisão

preventiva, como também podem ser postos em liberdade provisória ou sujeitos a tais medidas cautelares, também estando em liberdade.

O Poder Judiciário, conforme também asseverado, não deve substituir o Poder Executivo na tarefa de instituir e conferir efetividade às políticas criminais. A prisão preventiva ora decretada pelo juiz serve ao processo penal, não podendo ser uma medida que substitua a atuação estatal no combate à violência.

Paulo Rangel (2015, p.767) chamou a atenção para esse tipo de cautela, pois o Poder Judiciário não deve ser o substituto do Executivo no papel de garantia da segurança pública. É o Poder Executivo, portanto, quem deve cumprir seu papel de coibir a violência nas ruas, e não o juiz quando decreta uma prisão preventiva.

Quando o juiz o faz, ele atua em favor da instrução processual e da apuração dos crimes, não é a prisão cautelar que vai resolver o problema da violência nas ruas, mas sim a adoção de políticas públicas sérias de combate à violência pelo Executivo.

Guilherme de Souza Nucci (2016, p.115) discute sobre tal banalização, no sentido de que a garantia da ordem pública é mencionada como o principal motivo para a decretação de prisão preventiva. Entretanto, adverte que quando se leva em conta, efetiva e realisticamente, o requisito da garantia da ordem pública – o principal motivo de preventivas tem-se, como regra, a importante preservação da segurança pública.

Isso significa que o princípio da presunção de inocência não deve ser capaz de impedir a concretude da segurança pública. No entanto, é fundamental ser um fator real e não uma ficção, emanada de opinião subjetiva de um julgador. Ou seja, a decretação da prisão preventiva deve se amparar nos requisitos legais, que deverão ser atendidos, sem achismos no momento de decidir pela medida.

Logo, por fim, ante o discutido e trazido no presente artigo, verifica-se que somente com a atuação estatal se poderá vislumbrar uma melhor situação nas prisões no Brasil, não cabendo ao Judiciário fazer o papel do Executivo, que deve implementar e tornar efetivas as políticas de segurança pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda é necessário realizar diversas mudanças nas mais variadas frentes de atuação do poder público no que se refere ao encarceramento no Brasil,

sobretudo para garantir que o encarceramento seja de fato eficaz no combate à violência. Para tanto, ainda é preciso que cada esfera de poder se situe quanto aos seus papéis.

O Poder Judiciário não pode (e nem deve) usurpar funções próprias do Poder Executivo, no sentido de encarcerar como forma de levar adiante a política criminal que deve ser preocupação do Poder Executivo, através das polícias. O Judiciário deve examinar com cautela as prisões que determina, sobretudo as preventivas, para que as mesmas cumpram com seu real intuito, qual seja, o de garantir o bom andamento da instrução processual penal.

A escassez de vagas nas unidades prisionais para os condenados em regimes fechado e semiaberto é apenas o início do grande problema, pois o número de presos provisórios é assombroso, não apenas pela crescente violência urbana, como também por ausência de atuação estatal no sentido de ampliar o sistema penitenciário.

Somente com a atuação do Poder Executivo, no sentido de rever a política criminal hoje em vigor no país, e com mudanças legislativas sérias, é que boa parte dessa responsabilidade deixará de ser assumida apenas pelos juízes e promotores. Estes são aplicadores dos comandos legais, mas para que tal aplicação seja justa, é necessário que sejam garantidos por meio dessas mudanças os instrumentos necessários para a efetividade do sistema penitenciário.

A superlotação, que infelizmente agrava o caos penitenciário, fez e faz crescer ainda mais a sensação de insegurança, pois se percebe diante de tantos problemas que as prisões não têm alcançado seu escopo preventivo e ressocializador. Como já visto, as penitenciárias servem como verdadeiras universidades do crime, onde presos definitivos e provisórios saem em liberdade, em quase todas as vezes, piores e mais prejudiciais à sociedade do que quando nelas ingressaram.

Para que a sociedade confie na segurança pública que ela mesma custeia, é fundamental desde já que as polícias estejam melhor aparelhadas e respaldadas, visto que sem as mesmas, a pacificação social, hoje quase inatingível, se torna mera utopia.

Enfim, as prisões, que devem observar as garantias constitucionais previstas, não devem perder seu papel principal e sua razão de ser, qual seja, a de segregar do tecido social aqueles que infringem as leis e põem em risco os bens jurídicos tutelados pelo Direito: vida, integridade física, patrimônio, etc.

Prisões devem ser, de fato, prisões, uma vez que medidas cautelares diversas da prisão e benesses como suspensões processuais, indultos, saídas temporárias etc., têm se revelado inadequadas e perigosas. Mais que isso, têm se revelado uma segunda chance para os infratores da lei: uma segunda chance para novamente delinquirem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei n. 3.689 de 06 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm> Acesso em fevereiro/2018.

_____. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: fevereiro/2017.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR. Aury. Direito Processual Penal – 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO. Renato. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal – 10ª ed. – São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado – 13ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal – 13ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal – 21 ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal – 23 ed. – São Paulo: Atlas, 2015.