

EFICÁCIA DA PRISÃO PREVENTIVA

Isadora Meireles OLIVEIRA¹
Thais Roberta da Silva ALMIRANTE²

RESUMO: O propósito principal desse trabalho é estudar a eficácia da prisão preventiva para assegurar a persecução penal, buscando analisar este instituto como medida cautelar e o caminho na história das prisões. O problema aqui apresentado restringe-se ao impacto do direito constitucional fundamental do indivíduo de ir e vir, envolvendo a segurança pública e o direito coletivo social de paz. Busca-se expor através do presente artigo a necessidade, a legalidade e a constitucionalidade dessa medida cautelar, para que seja analisado o caso concreto em sua efetiva aplicação. A prisão preventiva deve ser a *ultima ratio* (última opção) a ser posta, devendo-se destacar pelos direitos e garantias individuais, de acordo com o princípio penal da intervenção mínima.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Medida Cautelar. Eficácia. Estado.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo do instituto da prisão preventiva, que visa assegurar o regular desenvolvimento da instrução criminal enquanto essa ocorra.

Entraremos no campo da prisão preventiva, com todas as suas peculiaridades, mas procurando, ao final, demonstrar, apenas alguns pontos em desfavor, a sua eficácia.

Durante o estudo veremos que tanto o indivíduo quanto a sociedade possuem direitos fundamentais, que estão amparados constitucionalmente através de princípios, e que em dado momento estes princípios se confrontam, cabendo uma solução racional e justa para solucionar o caso concreto.

Por isso, este estudo visa construir um caminho racional que leve a solução desse conflito, demonstrando a necessidade dessa medida cautelar.

¹ Discente do 8º termo do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente

² Discente do 10º termo do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de aprofundar-se no desenvolvimento teórico sobre os aspectos e questões conexos as prisões, tem-se que observar atentamente a importância da gênese histórica da Prisão, trazendo compreender o surgimento e o fim a que se propõe. O Estado tem por obrigação regular o comportamento dos cidadãos por meio de regras objetivas, sendo possível viver em sociedade.

Esta sociedade é conduzida por normas que regula a convivência entre as pessoas, constituindo deveres e direitos, sendo designado um conjunto de atos de direito objetivo, que expõe a vontade do Estado quanto ao regimento das relações sociais.

Fica subordinado o indivíduo a uma coação do Estado, quando descumpre e desrespeita seus deveres, lesando assim, um direito alheio, colocando em estado de alerta a convivência social.

São existentes alguns deveres que precisam ser reforçados com outras normas, tendo por destino a estabelecer um convívio social que precisam ser obedecidos em benesse de toda comunidade estabelecendo a paz jurídica.

Busca-se através da história, assimilar o instituto prisão como medida de disciplina adotada pelo Estado, conduzindo o desenvolvimento da sociedade, suas preocupações e reações perante represálias.

O conhecimento da evolução histórica da Prisão Preventiva no Brasil apresenta-se necessário para que se resolvam algumas questões sobre o instituto e influência do decurso da prisão cautelar na legislação atual, como também na Constituição Federal e Código de Processo Penal.

No período concebido antigamente era possível a averiguação da existência da prisão cautelar, sendo uma forma de garantia da execução da pena, porém em caráter excepcional. A prisão tinha a função de custódia para proteger o réu, sendo esse momento até o momento de serem executados ou julgados.

Da maneira que a prisão não era caracterizada e era prestada geralmente a classe inferior, os espaços de encarceramento eram temporários. Assim, Bitencourt afirma que:

Os lugares onde se mantinham os acusados até a celebração do julgamento eram bem diversos, já que naquela época não existia ainda uma arquitetura penitenciária própria. Os piores lugares eram empregados como prisões: utilizavam-se horrendos calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios. (2012, p. 32).

Diante dessa doutrina, é que na antiguidade a prisão era utilizada em caráter acautelatório, garantindo a execução da dívida ou execução da pena.

A cautelaridade deixou de ser ponderada e a prisão denominada preventiva tinha de feito o caráter aflitivo, como meio de tortura de confissões fraudulentas. Nesse sentido, Rogério Cruz diz que:

[...] enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão per tormenta (2011, p. 08).

Sendo assim, a prisão continua sendo um meio de prevenção da aplicação da pena. O Autor Bitencourt afirma que:

De toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como seqüela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras idéias voltadas à procura da reabilitação do recluso (2012, p. 35).

Assim, apenas no século XVIII a prisão preventiva recupera o caráter de cautelaridade e excepcionalidade. Apesar disso, após o período negro, a prisão cautelar incumbe nova afeição, diferente daquela Romana, passando a ter novas finalidades.

2.1. CONCEITO

A prisão preventiva é uma prisão processual, cautelar, provisória, decretada pela autoridade judiciária competente, durante o inquérito policial ou no curso da ação penal até o trânsito em julgado da sentença condenatória se presente os pressupostos, fundamentos e requisitos legais. Trata-se de prisão cautelar, de

natureza processual, revestindo-se do caráter de excepcionalidade, sendo necessário demonstrar o “*fumus boni juris*” (fumaça do bom Direito) e o “*periculum in mora/periculum libertatis*” (perigo da demora – perigo da pessoa estar em liberdade, de modo que coletividade corre em risco). A prisão preventiva somente se fundamenta no binômio necessidade/fundamentação. Autoriza a prisão, o art. 5º, LXI, da CF e o art. 283, “caput”, CPP, mas somente será determinada se não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar conforme diz o artigo 282 § 6º do Código de Processo Penal.

Dessa forma, é necessário demonstrar no despacho a necessidade da prisão preventiva, no sentido de que fique demonstrado que solto o indivíduo coloca em risco sociedade. Sem inquérito policial instaurado não se fala em Prisão Cautelar. Por tal razão, o flagrante inicia o Inquérito e na sequência ele pode ser convertido em prisão preventiva.

O professor Capez (2014, p. 335) ao conceituar o instituto jurídico da prisão preventiva, diz que é uma prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

A decisão judicial que decreta prisão preventiva rege-se pelo princípio geral *rebus sic stantibus* (locução latina que pode ser traduzida como "estando assim às coisas"), o que significa que pode ser revogada e decretada novamente, tantas vezes quanto for necessário, de acordo com a situação fática apresentada.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que “a prisão preventiva, enquanto medida de natureza cautelar, não tem por objetivo infligir punição antecipada ao indiciado ou ao réu”. No mesmo acórdão, os ministros enfatizaram que “a prisão preventiva, que não deve ser confundida com a prisão penal, não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal”.

Nesse julgado, o STF esclarece que:

“A prisão preventiva supõe prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria; todavia, por mais grave que seja o ilícito apurado e por mais robusta que seja a prova de autoria, esses

pressupostos, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo”.

O próprio Zavaleta responde: “É a necessidade, portanto, o que justifica o direito da sociedade de impor a prisão preventiva ao indivíduo a quem se atribui o cometimento de um fato delituoso” (1954, p. 48).

A decretação da prisão preventiva exige a presença de pressupostos (*fumus comissi delicti*), que são cumulativos, consistentes na prova da materialidade do crime e indícios suficientes da autoria.

Portanto, por se tratar de um instituto que restringe a liberdade, a sua aplicação deve ser tratada com muita cautela.

2.2. PRESSUPOSTOS E HIPÓTESES PARA A PRISÃO PREVENTIVA

Os pressupostos nada mais são do que os requisitos que permitem a medida cautelar, sendo eles o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Sendo assim, o juiz somente poderá decretar se estiver apresentada a probabilidade de que o réu seja o autor de um fato típico e ilícito.

Os pressupostos para sua decretação é a Prova da existência do crime (materialidade). Essa prova, no entanto, não tem que ser feita, na fase probatória, sendo de maneira definitiva e somente em base em laudos. Não precisa ter o objeto do crime, bastando apenas uma prova testemunhal que corrobore com o contexto do crime, conforme expressa o artigo 167 do Código de Processo penal.

E em segundo lugar, o outro pressuposto é o Indício suficiente de autoria. Importante notar que nessa fase não se exige prova plena, bastante meros indícios. Ambos devem coexistir. Quanto à autoria, não basta mera suspeita, mas os indícios “devem ser tais que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja certeza disto. No entanto eles devem ser suficientes para tranquilizar a consciência do juiz”. *O indubio pro reo* vale quando o juiz tiver de absolver ou condenar o réu, ou seja, durante a prolação da sentença.

Para que se possa decretar a prisão preventiva existem condições que permitem os pressupostos e fundamentos verificados pelo *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Dessa forma, a preventiva poderá ser decretada em relação aos crimes listados no artigo 313 do Código de Processo Penal. Apenas cabe para crimes dolosos e jamais para crimes culposos ou para contravenções penais. Mirabete, afirma o seguinte:

Assim, permite-se a prisão preventiva em todos os crimes dolosos punidos com reclusão; nos crimes punidos com detenção nas hipóteses do réu vadio ou que fruste a sua identificação; e nos crimes punidos com qualquer pena privativa de liberdade quando se tratar de criminoso que será considerado reincidente em crime doloso se condenado. Não se impede, inclusive, a decretação da prisão preventiva no caso de crime afiançável (2005, p.419).

Diante disso, destaca Greco Filho um ponto relevante sobre a decretação ou não da Prisão Preventiva:

Em princípio, somente se decreta a preventiva se houver prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade. Os requisitos dos benefícios penais, como a suspensão condicional da pena ou a prisão-albergue, podem não coincidir com a necessidade da prisão processual, mas, em princípio, se há prognóstico fundado da concessão de um desses benefícios e não há outro motivo legal autônomo (como, por exemplo, ofensa à ordem pública por ameaça a testemunhas), a preventiva não deve ser decretada. Isto porque, salvo motivo independente, não há razão de prisão processual se, condenado definitivamente, esta não se efetivará (1997, p. 68).

De acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, têm-se a prisão preventiva por ordem judicial, “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”.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXI, trás a prisão preventiva, dispondo que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Tal mandamento constitucional encontra correspondente no art. 283 do CPP – em sua redação atual, conferida pela Lei nº 12.403/2011 –, que prescreve que “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”.

Capez, por sua vez, trás seu posicionamento sobre as hipóteses da decretação da Prisão Preventiva, ao assim proferir que:

- a) Garantia da ordem pública: a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular.
- b) Conveniência da instrução criminal: visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos etc. Evidente aqui o *periculum in mora*, pois não se chegará a verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo.
- c) Garantia da aplicação da lei penal: no caso de iminente fuga do agente do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena. Se o acusado ou indiciado não tem residência fixa, ocupação lícita, nada, enfim, que o radique no distrito da culpa, há um sério risco para a eficácia da futura decisão se ele permanecer solto até o final do processo, diante da sua provável evasão.
- d) Garantia da ordem econômica: o art. 86 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste), incluiu no art. 321 do Código de Processo Penal esta hipótese de prisão preventiva. Trata-se de uma repetição do requisito 'garantia da ordem pública' (2003, p. 230-231).

Assim, não basta a demonstração de existência ou de inexistência dos requisitos matérias demonstrado através dos fundamentos e pressupostos da Prisão Preventiva, fazendo indispensável o requisito formal na decisão que denega ou decreta o pedido de prisão.

O momento para a decretação da Prisão Preventiva é desde a instauração do inquérito policial, até o término da instrução criminal (inclusive por ocasião da sentença condenatória – art. 387, par. único e na sentença de pronúncia – art. 413, § 3º, CPP). Se decretada a prisão preventiva durante o Inquérito Policial ou se houver a conversão do flagrante em preventiva ou mesmo se substituída uma medida cautelar pela prisão preventiva, o Inquérito deverá ser concluído em 10 dias após a prisão, caso se trate de outro crime que não o de tráfico de drogas (art. 10, CPP).

Portanto, quando se fala da fundamentação do decreto que determina a prisão preventiva, além do artigo 325 do Código de Processo Penal, também se encontra em dois dispositivos que se encontra no artigo 5º, LXI e Artigo 93, IV, ambos da Constituição Federal.

2.3. REVOGAÇÃO E REDECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A Prisão Preventiva pode ser revogada nas condições do artigo 316 do Código de Processo Penal, primeira parte, e sendo por redcretação, seguirá conforme a segunda parte do texto legal expressa. Dispõe o artigo 316, do Código de Processo Penal:

Que 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 justificarem.

Com novas provas, o juiz pode revogar a prisão decretada, mas poderá redcretar-la se reaparecerem os motivos ensejadores. É o que explica Tourinho Filho:

Já vimos que a prisão preventiva é medida excepcional e, por isso mesmo, decretável em casos de extrema necessidade. Segue-se, pois que se durante o processo o juiz constatar que o motivo ou os motivos que a ditaram já não subsistem, poderia revogá-la. Por outro lado, mesmo revogada a preventiva, tal como previsto no art. 316 do CPP, nada impede que o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do querelante, venha a redcretar-la. Em qual hipótese? Se sobrevierem razões que a justifiquem (2002, p. 547).

Segue Mirabete ressaltando que:

A prisão preventiva apresenta o caráter *rebus sic stantibus*, podendo ser revogada conforme o estado da causa. [...], não se revoga a prisão preventiva se ainda persistirem as razões do seu desencadeamento. Mas ao juiz é facultado, inclusive, modificar seu ponto de vista, seja por prova superveniente, seja por nova consideração do assunto. Entretanto, a revogação deve-se calcar, e indicar com explicitude, no desaparecimento das razões que, originalmente, determinaram a custódia provisória, sem desgarrar dos parâmetros traçados pelo artigo 316 (2005, p. 423).

Dessa forma, como já foi explicado, tanto para a revogação para decretação, ocorre uma exigência de estímulo que no caso da decretação, caracteriza-se pelo *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Assim, na revogação acontece o inverso, ou seja, a motivação do juiz para reformular uma decisão antes da decretação é exatamente a falta ou o desaparecimento dos fatos que antes existiam.

Além disso, com a revogação, pode o magistrado reformular sua decisão, apresentando a decretação da medida. Isso somente é possível, pelo fato da Prisão Preventiva ser uma medida excepcional decretável a qualquer momento.

Por fim, é de suma importância apresentar a proibição da prisão preventiva que diz não caber no caso de crime culposos, também não pode ser decretada a custódia do agente, se ficar demonstrado que o autor do crime agiu sob qualquer excludente de antijuridicidade. É que se ele não praticou crime, não se justifica que seja preso. Além disso, determina a lei que, nessa situação, o acusado seja absolvido (arts. 386, VI; 397, I e 415, IV, CPP). Quanto ao processo, visa amearhar provas seguras da excludente para justificar a absolvição, inclusive porque ela pode impedir a ação civil “ex-delicto”.

2.4. EFICÁCIA DA PRISÃO PREVENTIVA

O artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988 diz que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Sendo assim, a pretensão punitiva do Estado, deve obedecer a princípios como o contraditório, o direito ao silêncio, a proibição de provas falsas, como contraditório, etc.

Diante de todo o exposto, há o fato de muitos magistrados decretarem a prisão preventiva sem a fundamentação correta, usando tão somente para a motivação os requisitos constantes no artigo 312 do Código de Processo Penal. O fato de citar, por exemplo, a ordem pública como fundamento para decretação da medida cautelar não é por si suficiente para cumprir a exigência legal, devendo haver uma ligação entre as provas constantes do inquérito ou processo, dados reais, que sirvam de base a decretação da prisão preventiva (NUCCI, 2011, p. 71).

Conforme leciona Figueiredo, sobre a eficácia da prisão preventiva:

Cabe destacar, ainda, que o juiz, no momento de motivar a decisão que decreta a prisão preventiva, pode fazer referência a outros atos do processo, como o parecer do Ministério Público, incorporando as

respectivas razões à decisão judicial. Trata-se da chamada motivação *per relationem*, que não viola o dever de fundamentação, pois deixa explícito o caminho intelectual que o magistrado percorreu para chegar à conclusão (2012, p. 124).

Conforme ensinamento de Nucci, os direitos fundamentais requerem que o direito individual de liberdade esteja em consonância com toda a coletividade, e o uso irregular desse direito configura-se em abuso, e deve ser reprimido pelo Estado.

Lenio Streck (apud, FIGUEIREDO, 2012, p. 67-68) nos ensina que se fosse obedecido princípios e garantias processuais individuais sem a devida cautela, típicos de um pensamento de um Estado puramente liberal e individualista, estaríamos diante de um sério risco para a efetividade da justiça criminal, com comprometimento dos direitos sociais da coletividade. É o que a doutrina alemã chama de “proibição de proteção deficiente”

Desta forma voltamos ao choque de direitos fundamentais, já abordado acima, onde se deve aplicar ao caso concreto o princípio que atenda ao bem coletivo, neste caso, ou seja, a supremacia do interesse público.

3 CONCLUSÃO

Este artigo procurou esclarecer que a prisão preventiva tem a finalidade de prevenção, e não a de banir o agente que tenha praticado o ato ilícito, que é característica da prisão definitiva.

O simples fato de haver indícios da autoria não constata a decretação ou manutenção da prisão preventiva, uma vez que, para tal, o réu deve ser devidamente processado, julgado e condenado. Não pode o réu punido antes mesmo do seu julgamento com trânsito em julgado, pois, assim esta se violando princípio de estado de inocência do indiciado.

O Estado deve, quando há um crime, analisar uma punição efetiva para o condenado, usando os artefatos necessários e proporcionais para essa punição, com o objetivo de garantir a supremacia do interesse público, protegendo a coletividade, a sua própria razão de existência.

Portanto, a Constituição Federal preceitua a respeito do princípio de inocência, que estabelece em seu artigo 5º, inciso LVII, “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, pois, em controvérsia estaria retirando-se do juiz sua imparcialidade, clamando por um estado vingativo para atender a necessidade da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão: causa e alternativas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.32/35.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RTJ 180/262-264**, Relator: Ministro Celso de Mello.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 9 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas** - Com a Lei 12.403/11. 2 ed. São Paulo: Lumen Juris. 2011 p. 8.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17º ed. Rev. E atual. Até dezembro de 2004. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **No pedido de prisão de Lula, torturaram Marx Hegel e Nietzsche**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-11/streck-pedido-prisao-lula-torturou-marx-hegel-nietzsche>. Acessado em 19 de maio de 2017.