

1. Introdução

Este trabalho tem como objetivo discutir os fundamentos e exigibilidades da Prisão Preventiva do Código de Processo Penal. Para desenvolver esse tema tão polêmico, serão apresentadas sucintamente os artigos e normas em que o Direito se baseia, adentrando ao marco constitucional, hipóteses e fundamentos principais que lhe deram origem.

A ideia é compreender que uma prisão processual se mostra como uma medida excepcional, pois, para a Constituição Federal, ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da ação penal. Para que um Juiz possa determinar a prisão preventiva há uma série de requisitos, devendo estar respaldada em fundamentação escrita. A prisão não é a único meio cabível, mas deve sim a última opção para a solução dos conflitos.

Autores como Aury Lopes e Eugênio Pacelli, partilham deste mesmo entendimento, os quais serão referencias na compreensão deste tema. Para o desenvolvimento da pesquisa será utilizado o método dedutivo, através da verificação de doutrinas, jurisprudências, pesquisas, além de artigos mais recentes que tratam sobre o assunto. Por fim, pretende-se demonstrar que há um abuso da prisão preventiva atualmente, sendo, portanto, a sua aplicação atual contrária à axiologia constitucional.

2. Crítica dos fundamentos da prisão preventiva

A partir de um olhar literal sobre a legislação atual, é possível dizer que a prisão preventiva pode ser aplicada nos casos em que se visa a garantia da ordem pública, com base no juízo de necessidade. Para Aury, em muitos casos, as prisões preventivas tendem a suprir um desejo do Estado de demonstrar a eficiência das instituições jurídicas, que é contemplada quando ocorre a prisão rápida do acusado. A prisão perde a sua função quando se almeja alcançar objetivos diversos, como a aprovação política. O indivíduo não pode ser submetido a este tipo de tratamento sem que exista extrema relevância a sua prisão e seja evidente a autoria do crime. (AURY, 2014, p. 870).

Ao magistrado é conferido o papel de garantidor dos direitos fundamentais disponíveis ao acusado. O dever de evitar a criminalidade é privativa a Administração Pública, exercido através da polícia conforme o art. 144 da CF, e o Ministério Público, responsável por promover a ação penal (AURY, 2014, p. 870).

A prisão preventiva com base na ordem pública sob argumentação de risco de reiteração de crimes é indevida por dois argumentos. Primeiramente é função do Estado, através do seu

poder de polícia evitar que o acusado venha praticar novamente outros delitos, não cabe ao processo penal este papel. Segundo que não se pode trabalhar com um juízo de possibilidades, presumindo que o acusado venha cometer outras infrações. A Constituição Federal prevê a inocência do acusado antes do trânsito em julgado da ação condenatória, dessa forma não pode restringir a sua liberdade por um crime que ainda não aconteceu. (AURY, 2014, p. 871).

Além destes questionamentos acerca da constitucionalidade da prisão preventiva que visa impedir a reiteração de crimes, é válido enfatizar que existem outras medidas a serem aplicadas nestes casos. Pode-se aplicar o monitoramento eletrônico, a prisão domiciliar, dentre outros, que se fazem eficazes para esse tipo de situação e não submete o acusado a uma pena antecipada em cárcere privado. (AURY, 2014, p. 873).

Conclui-se que a prisão em decorrência da garantia da ordem pública ou econômica, não pode ser considerada cautelar, sendo questionada a sua constitucionalidade nestas hipóteses. (AURY, 2014, p. 873).

Nos casos de tutela a instrução criminal e aplicação da lei penal, encontra-se natureza cautelar, pois, busca assegurar o bom andamento do processo penal. Resta saber se a sua utilização é realmente necessária e se não existe outras medidas que visa garantir a sua eficácia. (AURY, 2014, p. 873).

O uso da prisão preventiva poderia ser substituído pela detenção, onde acusado sob custódia do Estado, seria submetido ao interrogatório. O período em que este indivíduo seria privado de liberdade duraria horas ou no máximo dias, mas não ocorreria como em alguns casos em que a prisão preventiva dura meses ou anos. Com o interrogatório, teria o magistrado possibilidade de obter comprovações a respeito do fato para depois sim, decretar a sua prisão ou não desde que fundamentada. (AURY, 2014, p. 874).

Outro questionamento é quanto a sensação de medo que o acusado provoca a vítima e testemunhas, citado em muitas fundamentações. Conforme exemplificado anteriormente, a função de segurança pública é dever do Estado, o qual se obriga a proteger a vítima, testemunhas e toda a comunidade. O processo Penal não deve ser aplicado como meio de proteção social. Ocorre que o argumento da proteção está direcionado mais a resguardar o testemunho do que a testemunha. (AURY, 2014, p. 875).

No que se refere a prisão preventiva para proteção das vítimas ou testemunhas, seria cabível nesses casos, a substituição da prisão pelas hipóteses elencadas no art. 319 do CPP, incisos II, III e V. Poderia o acusado ser submetido a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, evitando o contato com os envolvidos no processo. Assim também seria

eficaz o recolhimento do acusado a prisão domiciliar, ou monitoramento eletrônico conforme o art. 319 do CPP, IX. (AURY, 2014, p. 876).

3. Por uma interpretação restritiva dos fundamentos da prisão preventiva

A hipótese de decretação da prisão preventiva pela fundamentação de garantir a ordem pública, tem causado grande repercussão no cenário atual, em decorrência das diversas medidas provisórias deferidas na operação denominada Lava Jato. Esta operação, tem como objetivo investigar esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro, sendo considerada a maior em todo o território nacional.

Um dos casos mais recentes e polêmicos de prisão preventiva na Lava Jato, está em pauta de discussões por toda a imprensa, a respeito da concessão de liberdade ao ex-ministro da Casa Civil, José Dirceu, no dia 03 de maio de 2017. Dirceu foi acusado por receber dinheiro público através de contratos da Petrobras, sendo decretada a sua prisão provisória, com alegação de possível reiteração de crimes. A fundamentação do juiz Sergio Moro foi que em 2005, mesmo após deixar o ministério, José Dirceu continuou a receber propina, demonstrando assim segundo o juiz, possibilidade de haver a continuação de crimes pelo acusado. (RAMALHO, 2017).

Dirceu esteve preso durante 1 ano e 9 meses em caráter preventivo, tendo a defesa protocolado dois habeas corpus, que possibilitaram a sua soltura. Ocorre que estes pedidos foram interpostos ao Supremo em 6 de outubro de 2016, sendo deferido sua soltura, 8 meses depois. (ASSAD, 2017).

A fundamentação do Supremo para que decidissem pela liberdade de José Dirceu, foi que o tempo em que esteve em prisão, reduziu a possibilidade do acusado cometer novos crimes. Outra alegação foi a falta de previsão de julgamento da ação, não podendo Dirceu ficar preso por tempo indeterminado provisoriamente, aguardando a conclusão do processo. (RAMALHO, 2017).

A aplicação da prisão, devido à possibilidade de reiteração de crimes, é totalmente incorreta. Como vimos no tópico anterior, não se pode prever que o acusado vá cometer novos crimes. O direito penal não pode submeter alguém ao cárcere apenas havendo apenas probabilidade de o indivíduo infringir as normas. Outro ponto importante é que a segurança pública cabe ao Estado e não ao Processo Penal. Ao Estado é conferido o poder de polícia, devendo evitar que o acusado venha praticar novos delitos. Por fim, existem outros meios de

prisão como as que serão impostas ao acusado agora em liberdade, que visam dificultar a prática delituosa, como o monitoramento eletrônico.

A grande crítica que se faz a respeito das prisões da Lava Jato, é o tempo indeterminado das prisões cautelares, que em alguns casos chegam já há quase dois anos, como vimos a de José Dirceu. Também deve-se analisar a falta de embasamento das medidas cautelares, decretando prisões com fins de suprir a demanda do clamor público. Por serem pessoas influentes e conhecidas nacionalmente, os envolvidos na Lava Jato são submetidos a um julgamento social e da imprensa, o que gera grande repercussão. Esta situação serve indevidamente como base para a fundamentação da prisão com fim de garantir a ordem pública em muitos procedimentos.

Outro envolvido em escândalos na operação Lava Jato, foi o ex-presidente da Câmara, Eduardo Cunha. Este foi submetido a prisão preventiva, e em suas alegações afirmou que o seu contato com os presos possibilitou o conhecimento de novos ilícitos, *“conhecimento de mais ilegalidades — acusações sem provas, por exemplo, viram instrumentos de culpa. A simples palavra dos delatores não pode ser a razão da condenação de qualquer delatado”*. (CONJUR, 2017).

Como mostrado, a maioria das hipóteses que sustentam a prisão preventiva não são coerentes com o Estado Democrático de Direito, visto que não apresentam argumentos concisos de extrema necessidade, existindo ainda outras medidas que possam suprir a demanda do Estado.

É necessário um posicionamento do judiciário quanto as prisões preventivas, decorrente da perda de sua essencialidade. Tem o seu prazo estendido por meses ou anos, ocasionando uma penalização antecipada do acusado que ainda não foi submetido a condenação.

Conforme dados do InfoPen, que é o sistema responsável pelo levantamento nacional de informações penitenciárias, quase metade das prisões estabelecidas no Brasil, são provisórias.

Segundo os últimos dados disponibilizados pelo InfoPen do Ministério da Justiça de junho de 2013, o Brasil contava com mais de 581 mil pessoas privadas de liberdade, 41% delas em prisão provisória. É a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. O déficit de vagas supera 230 mil. (ANDREA, 2015)

O problema é ainda pior quando se analisa os casos de prisões preventivas decretadas e as sentenças proferidas após o trâmite processual. O Depen (Departamento Penitenciário Nacional) e IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), constatou que 37,2% das prisões

decretadas em caráter preventivo, os acusados não receberam condenação ou receberam penas mais brandas das previstas no início do processo. (ANDREA,2015).

Como podemos ver, a prisão preventiva submete o acusado a uma penalização que pode ser posteriormente constatada como indevida, o que além de afrontar o direito de liberdade previsto na CF, gera danos irreparáveis ao réu que foi submetido ao cárcere.

O artigo 315 do CPP prevê a necessidade de argumentos evidentes que tornem a prisão preventiva necessária: “*Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada*”. (BRASIL, 1941).

Para o autor Tourinho Filho, a prisão preventiva deve ser utilizada nos casos em que comprovado extrema necessidade, visto que esta viola garantias fundamentais presentes na CF:

A prisão provisória é medida cautelar que mais gravemente lesiona a liberdade individual, pelos intensos sofrimentos físicos, morais e materiais a que se sujeitam, pela sua irreparabilidade, por sua larga duração e porque fere a um homem ainda não definitivamente culpado. Por isso mesmo, desde tempos imemoriais, a prática, os costumes, as legislações, a doutrina e a jurisprudência de todos os países civilizados da terra vêm incessantemente repetindo a sábia expressão, elevada hoje em dia à categoria de inconcusso princípio de direito público: não se deve utilizar a prisão provisória, senão nos casos de absoluta necessidade." (TOURINHO FILHO, 1984, p. 439).

Foi apresentado um projeto de Lei nº 7028/17, pelo Deputado Federal Wadih Damous do Partido Trabalhista, que visa alterar o art. 312 do CPP, traz a mudança quanto a parte inicial do texto de lei, “*A prisão preventiva só poderá ser decretada nas hipóteses necessárias para afastar risco concreto*”, mantendo a redação final que diz “*à conveniência da instrução criminal ou à futura aplicação da lei penal, isso se existir prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria*”. (BRASIL, 2017)

A mudança no artigo, se aprovado, não contempla as hipóteses de prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica. Esta interpretação restritiva que propõe o projeto, seria a forma ideal para diminuir prisões indevidas, visto que a prisão para ordem pública não deve ser um requisito essencial. A proteção social cabe ao Estado e não ao Processo Penal.

Outro meio que poderia suprir o uso exagerado de prisões provisórias seria a audiência de custódia, onde o acusado seria apresentado a autoridade judicial após ser autuado em flagrante. Dessa forma, seria resguardado o direito de defesa do acusado, com a possibilidade do contraditório. O juiz teria durante a audiência possibilidade de verificar a legalidade e necessidade da prisão, podendo assim decidir com maior clareza a respeito de continuidade da

prisão. A aplicação da audiência de custódia traria para o processo diversos benefícios, diminuído o número de prisões provisórias, optando o juiz pelo relaxamento de eventual prisão e possibilidade de substituição da prisão em flagrante por medidas menos rigorosas que se adequem ao caso. (CNJ, 2015).

Conclusão

As estatísticas evidenciam uma grande quantidade de pessoas privadas de liberdade em caráter preventivo em prisões provisórias, o que faz o Brasil entrar no ranking de uma das maiores populações carcerárias do mundo. Em países mais desenvolvidos ou com penas mais rígidas, este índice é pequeno. O grande problema é que estas prisões muitas vezes são desnecessárias, a ponto de no final do processo, concluir-se a não culpabilidade do acusado.

Ao fim deste trabalho, podemos concluir uma extrema importância para o Direito Processual Penal de revisar o instituto das prisões cautelares, principalmente quanto ao deferimento da prisão preventiva. Como verificado, as hipóteses que condicionam a sua decretação, possuem pontos absolutamente desconexos no que diz respeito a função da medida cautelar. O projeto de lei que visa a restrição da prisão preventiva seria um dos meios para que a medida provisória não continue a ser aplicada demasiadamente, ao retirar do texto de lei as hipóteses de decretação por garantia a ordem pública ou econômica. Estas, pode-se concluir, serem inconstitucionais, por terem objetivos diversos como dar seguridade ao Estado e não de proteger o bom andamento do processo que é o intuito das medidas cautelares de prisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

AURY, Lopes Júnior. **Direito Processual Penal** – 11º Ed. 2014. São Paulo: Saraiva.

BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal – 20º Ed. 2014. São Paulo. Editora Saraiva.

BRASIL, Código de Processo Penal (1941). **Código de Processo Penal de 1941**. In: TOLEDO, Antônio Luiz de; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívía. Vade mecum compacto. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: TOLEDO, Antônio Luiz de; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívía. Vade mecum compacto. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando; Prado, Stela. **Código Penal Comentado** - 6ª Ed. 2016. Saraiva p. 440.

DIP, Andreia. **No Brasil, 40% dos presos são provisórios**. Carta Capital, 05 de fev. 2015. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>>. Acesso em 23 de abr. 2017.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Proyecto docente y de investigación en derecho penal**. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1990.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** - v. 1. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015. p. 33-45.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1955, vol. VII, p. 34

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal** – 13º Ed. 2003. Editora Atlas S.A

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. Ed. Rev. E ampl. São Paulo: Atlas p. 994-1004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** – 13º Ed. 2014. Editora Revista dos Tribunais Ltda.

RAMALHO, Renan. **Entenda a situação do ex-ministro José Dirceu em 5 perguntas e respostas**. G1, 06 de maio de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/entenda-a-situacao-do-ex-ministro-jose-dirceu-em-5-perguntas-e-respostas.ghtml>> Acesso em 07 de maio de 2017.

SARLET, Wolfgang. **Prisão civil do devedor de alimentos deve ser a última alternativa**. Conjur, 18 de nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-18/direitos-fundamentais-prisao-civil-devedor-alimentos-ultima-alternativa>>. Acesso em 05 de maio. 2017.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues **Curso de Direito Processual Penal** – 7º Ed. 2012. Editora Juspodivm.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal** - vol. 3, Ed. Saraiva, 1984, p. 439.