

UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR

CURSO DE DIREITO

ANDRESSA MIWA ADACHI

AS PRISÕES PROVISÓRIAS *VERSUS* O PRINCÍPIO
DA EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO

UMUARAMA – PARANÁ
2011

ANDRESSA MIWA ADACHI

AS PRISÕES PROVISÓRIAS *VERSUS* O PRINCÍPIO
DA EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO

Artigo apresentado ao Curso de Direito,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Fernanda Garcia Velasquez
Matumoto

UMUARAMA – PARANÁ
2011

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, meu irmão, meu namorado que me incentivaram e apoiaram para que fosse possível a concretização deste trabalho de conclusão de curso.

AGRADECIMENTOS

- Primeiramente agradeço a Deus por tudo.
- Aos meus pais Wilson Ossamu Adachi e Mary Hitomi Saito Adachi pelo amor, carinho, compreensão e pelo incentivo aos estudos.
- Ao meu irmão Anderson Yukio Adachi pelo companheirismo.
- Ao meu namorado Douglas Issamu Harada por me dar forças nos momentos difíceis.
- Aos meus professores pelo conhecimento a mim fornecido, especialmente ao Professor Celso Hiroshi Iocohama, Robson Martins e minha orientadora Fernanda Garcia Velasquez Matumoto.
- Aos meus amigos e colegas pela amizade.
- A Universidade Paranaense pela oportunidade de realizar este curso.

AS PRISÕES PROVISÓRIAS *VERSUS* O PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO

RESUMO: A partir de estudos bibliográficos e análise em legislações, este artigo tem como objetivo demonstrar que as prisões provisórias somente se aplicam em casos excepcionais, isto é, aplicáveis em situações efetivamente necessárias, já que está em conflito com outro bem jurídico: a proteção da liberdade. Esse instituto jurídico consiste em restringir o direito da liberdade de locomoção de uma pessoa antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pela prática de um delito. Para melhor compreender a prisão provisória é realizada uma exposição de suas espécies (prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária), sua finalidade e seus requisitos, tudo de acordo com a nova Lei n.º 12.403, de 4 de Maio de 2011. O estudo mostra que essa prisão deve ser a *ultima ratio* do sistema, abordando o princípio da excepcionalidade da prisão, o princípio da não culpabilidade, o princípio da supremacia da Constituição Federal e o princípio da dignidade da pessoa humana, em conformidade com o entendimento do Processo Penal Garantista. Exprime também a ideologia da sensação jurídica refletida pelas prisões provisórias frente à sociedade, com discussão sobre a inadequação do sistema para os presos provisórios, bem como o sensacionalismo da mídia, sempre em favor da excepcionalidade do instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal – Garantista – Liberdade – *ultima ratio*.

ABSTRACT: From bibliographic studies and analysis on legislation, this article aims to demonstrate that the provisional detention only apply in exceptional cases, that is applicable in situations really necessary, since it is in conflict with other legal interests: the protection of freedom . This legal institution is to restrict the right of freedom of movement of a person before the final and unappealable criminal sentence for the commission of an offense. To better understand the provisional arrest is an exhibition of its kind (in flagrante delicto arrest, temporary custody and temporary detention), its purpose and its requirements, all in accordance with the new Law n.º 12.403 of May 4, 2011. The study shows that imprisonment should be the *ultima ratio* of the system, addressing the principle of exceptionality prison, the principle of not guilty, the principle of supremacy of the Constitution and the principle of human dignity, in accordance with the understanding of the Criminal Procedure warranty. Also express the feeling of legal ideology reflected by provisional arrest from society, with discussion on the inadequacy of the interim system for prisoners, and the sensationalism of the media, always in favor of the uniqueness of the institute.

KEY WORDS: Penal Process – Warranty – Freedom – *ultima ratio*.

1. INTRODUÇÃO

A prisão é um dos institutos jurídicos que mais afetam o indivíduo. Na lição de Mirabete (2008, p. 361), “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”. Ela se divide mormente em duas espécies ensinadas por Capez (2010, p. 244-245):

- 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
- 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 execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos.

A prisão provisória configura-se na segunda espécie de pena, sendo, portanto, uma medida cautelar de se prender um acusado antes que seja condenado por uma sentença penal condenatória, transitada em julgado, com observância de certos requisitos previstos no Código de Processo Penal brasileiro.

Ocorre que o atual Código é de 3 de Outubro de 1941, sendo que desde esta época vem ocorrendo a banalização da prisão provisória, mesmo com o surgimento da Constituição Federal, em 5 de Outubro de 1988, que trouxe direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, dentre eles a dignidade da pessoa humana e sua liberdade.

Segundo o doutrinador Lopes Junior (2011, p. 2), “o sistema carcerário brasileiro está em colapso, e no ano de 2011, superamos a marca dos 500 mil presos, sendo que, destes, quase 200 mil são presos cautelares”, tornando um “caos” nas cadeias públicas em decorrência da superlotação.

De acordo com esses dados, verifica-se que não está sendo observada a razão da prisão provisória como medida aplicada somente em casos extremos. E isto é um grande problema, pois violam direitos e garantias constitucionais que protegem o indivíduo ainda não condenado, como

o princípio da não culpabilidade previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal e o princípio estruturante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal).

Outrossim, a decretação da prisão provisória é um ato que deixa sequelas irreversíveis, eis que o encarcerado ao sair da cadeia pública, é considerado perante a sociedade como uma pessoa culpada, mesmo tendo sido considerada inocente pelo Juízo.

A importância do estudo decorre da visão do Processo Penal Garantista, que é interpretar o processo penal à luz da Constituição Federal, sendo que no presente caso visa proteger a liberdade do indivíduo, em que sua restrição somente será aplicada quando for realmente necessária.

Assim, este artigo vem demonstrar que as prisões provisórias somente se aplicam em casos excepcionais.

2. DAS PRISÕES PROVISÓRIAS

2.1.1 CONCEITO E FORMAS

Com o aumento da violência e o crescimento de ocorrências de crimes, principalmente os dolosos contra a vida (homicídio, por exemplo) e contra a liberdade sexual (estupro, por exemplo), surgiu uma polêmica entre a sociedade brasileira de que toda pessoa acusada de um crime deve ser imediatamente e mantida presa, a fim de que garanta a segurança de todos.

Ocorre que em regra, a privação do direito da liberdade de locomoção de uma pessoa somente é determinada após uma decisão judicial transitada em julgado. Contudo, por razões previstas no Código de Processo Penal brasileiro e em outras leis, a referida privação pode ocorrer antes mesmo de a pessoa ser condenada definitivamente. São as chamadas prisões provisórias.

Segundo Capez (2010), a prisão provisória (cautelar) é um instituto jurídico aplicado por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária ou no caso de flagrante delito, em que independe de autorização do juiz, antes do pronunciamento judicial definitivo, com o escopo de privar alguém de sua liberdade de locomoção diante da prática de conduta delitiva. De acordo

com Oliveira (2011, p. 471), “toda prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada uma prisão provisória”.

O instituto jurídico da prisão provisória compreende-se na prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária.

A prisão em flagrante e a prisão preventiva estão dispostas, respectivamente, nos artigos 301 a 310 e 311 a 316, todos do Código de Processo Penal, com modificações da Lei n.º 12.403, de 4 de Maio de 2011. Já a prisão temporária está regulamentada na Lei n.º 7.960/89.

No que tange a prisão em flagrante, Nucci (2010) define como uma modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir um crime ou contravenção penal, por força de voz de prisão dada por qualquer pessoa, independente de autorização do juiz, formalizada pela lavratura do auto pela autoridade policial e submetida à confirmação do juiz, a qual poderá se tornar prisão cautelar, submetida aos mesmos critérios da prisão preventiva. Assim, com o surgimento da Lei n.º 12.403/2011, essa prisão é considerada como um instrumento para a prisão preventiva.

Em se tratando de prisão preventiva 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” (CAPEZ, 2010, p. 321). Tais requisitos e motivos estão previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, com alterações da Lei n.º 12.403/2011.

Por fim, Mirabete (2008, p. 398) leciona que a prisão temporária, que só pode ser decretada pela autoridade judiciária, trata-se de “medida acauteladora de restrição de liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial.”

2.1.2 FINALIDADE

As prisões provisórias quando aplicadas tem como finalidade garantir o bom desempenho da investigação criminal, bem como do processo, com o escopo de buscar meios

comprobatórios sobre os fatos de cada caso concreto, de modo que seja a única maneira de satisfazer a proteção da persecução penal.

Esse instituto jurídico funciona como uma prevenção e não como uma punição, esta como característica da prisão definitiva, em razão do princípio da não culpabilidade previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. O referido princípio no ensinamento de Lopes Junior (2009, p. 53-54):

Impõe um verdadeiro *dever de tratamento* (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Na *dimensão interna*, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?)

Externamente ao processo, a presunção da inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.

O doutrinador Oliveira (2011, p. 32) leciona do ponto de vista do Garantismo Penal, impulsionado pela obra do italiano Luigi Ferrajoli (Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal), publicado também em língua portuguesa, que:

o risco de condenação de um inocente há de merecer muitos e maiores cuidados que o risco da absolvição de um culpado. Não porque os danos levados ao réu pela pena sejam maiores que aqueles causados à vítima no crime, mas porque toda e qualquer reconstrução da realidade (a prova processual) submete-se à precariedade das regras do conhecimento humano.

Diante disso, a prisão provisória deve observar o Garantismo Penal, para que não haja aplicação imediata da restrição da liberdade do acusado sem o devido processo legal, o que desrespeitaria o princípio da não culpabilidade. São, então, segundo Lopes Junior (2009, p. 57) “medidas cautelares penais”.

De acordo com Oliveira (2011, p. 471), as prisões provisórias são cautelares no que se refere “à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública.”

Ainda o mesmo doutrinador, afirma que a fundamentação das prisões provisórias está na eventualidade de um suposto autor de um delito, solto, continue praticando outros delitos, ou ainda que, por conduta dele ou de terceiros coloquem em risco a efetividade da jurisdição penal.

Um bom exemplo é quando um acusado por homicídio ameaça testemunhas que presenciaram os fatos, elidindo, assim, a colheita de provas. Ou ainda, quando um perigoso traficante de drogas venha a cometer novos crimes. Assim, o inquérito policial ou o processo fica prejudicado. Segue abaixo jurisprudências que decidiram pela necessidade da aplicação da prisão provisória:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, EXTORSÃO E CONCUSSÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. GRAVIDADE CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. A prisão provisória é medida odiosa, cabível apenas quando presentes os pressupostos e fundamentos de cautelaridade. In casu, a necessidade da custódia cautelar restou demonstrada com base em dados dos autos, conforme recomenda a jurisprudência desta Corte, estando o decreto prisional fundamentado na garantia da ordem pública. Foi destacada a gravidade concreta, embasada na circunstância de o paciente, policial civil, em vez de laborar no controle da criminalidade, ter-se enveredado pela traficância. Por mais que tal condição já fosse, ab initio, de conhecimento dos órgãos encarregados da persecução penal, a cautelaridade, na espécie, também se amparou em outra particularidade. Entrementes, foi pontuada a reiteração delitiva, tendo sido o paciente preso recentemente em outra comarca, supostamente praticando delito de mesma natureza.

2. Ordem denegada.

(HC 122.327/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 28/06/2011)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. MANUTENÇÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Presentes os pressupostos para a prisão preventiva, inculpidos no artigo 312 do Código Processual Criminal, bem assim indícios de autoria e de materialidade, impõe-se a manutenção da medida cautelar segregativa. Caso em que se investiga a existência de cinco grupos organizados voltados para o tráfico internacional de entorpecentes de grande escala. 2. Ordem denegada. (TRF4, HC 5012406-33.2011.404.0000, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Guilherme Beltrami, D.E. 10/10/2011)

HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORÁRIA CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PACIENTE PRESO PELO DELITO DO ART. 157, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COM APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.

ADVENTO DA LEI Nº 12.403/2011. INVIABILIDADE DE OBSERVÂNCIA, NO CASO CONCRETO, DO NOVO ART. 310, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, BEM COMO DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, PREVISTAS NO NOVO ART. 319, DO CPP. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. DECISUM MOTIVADO NA AMEAÇA ÀS TESTEMUNHAS E FUGA DO PACIENTE. ORDEM DENEGADA. a) "(...) A prisão processual do paciente foi decretada e mantida por conveniência da instrução criminal, tendo em vista notícias de que teria ameaçado testemunhas e vítimas de sua atuação criminosa, mostrando-se assim preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal para a medida de cautela. (...)" (STJ - HC 134166/GO - Rel. Min. Jorge Mussi - 5ª Turma - DJe 05/04/2010). b) "(...) Ademais, a segregação provisória encontra-se devidamente fundamentada para a garantia da aplicação da lei penal, na medida em que, com a fuga do ora Paciente do distrito da culpa, transparece nítida sua intenção de se furtrar à persecução criminal do Estado. Precedentes. 4. Ordem denegada." (STJ - HC n.º 207.191 - 5ª T. - Rel. Min. Laurita Vaz - DJ de 8.9.2011). c) A adequada fundamentação quanto à necessidade da prisão preventiva evidencia a opção do Magistrado pela medida extrema e, portanto, enseja a conclusão de que outras medidas menos severas, como as previstas no art. 319, do Código de Processo Penal, reputam-se inadequadas ao caso. (TJPR - 3ª C.Criminal - HCC 829626-2 - Quedas do Iguaçu - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - J. 20.10.2011)

Diante disso, constata-se que a finalidade da prisão provisória tem natureza inquisitorial e processual, já que Ferrajoli (2010, p. 515) entende que:

a única necessidade processual que pode justificar uma coação momentânea – a não deterioração das provas antes do primeiro interrogatório – é ao menos em grande extensão satisfeita pela condução coercitiva do imputado à frente do juiz de modo a permitir a contestação do fato e realização das primeiras defesas sem adulterações anteriores. Certamente, sobretudo para alguns crimes graves, existe o perigo de que o mesmo após o primeiro interrogatório e das primeiras averiguações o imputado adultere as provas.

2.1.3 REQUISITOS

A autoridade judiciária somente decretará a manutenção de uma prisão provisória quando presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, quais sejam o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, isto é, a prisão deve ser necessária para 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 de autoria. Com o advento da Lei n.º 12.403, de 4 de Maio de 2011, a prisão preventiva também passou a ser necessária em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

O doutrinador Lopes Junior (2009) ensina que o *fumus commissi delicti* é a probabilidade da ocorrência de um delito, isto é, a prova da existência do crime (materialidade delitiva) e indícios suficientes de autoria. É, portanto, uma prova suficiente de que o crime de fato ocorreu e indícios de provas que vinculem o acusado a esse crime.

No que concerne o *periculum libertatis* é o risco que decorre da situação de liberdade do sujeito passivo, perigo de fuga, destruição da prova, por exemplo. Assim, é uma medida cautelar que pretende satisfazer a proteção da persecução penal: garantir que os atos investigatórios e o devido processo legal ocorram de maneira eficaz para descobrir a verdade real dos fatos.

Sobre o assunto leciona Delmanto Junior (2001, p. 84)

para que a prisão cautelar possa ser aplicada, o magistrado deverá verificar, concretamente, a ocorrência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, ou seja, se a prova indica ter o acusado cometido o delito, cuja materialidade deve restar comprovada, bem como se a sua liberdade realmente ameaça ao tranqüilo desenvolvimento e julgamento da ação penal que lhe é movida, ou à futura e eventual execução.

Com relação às hipóteses em que poderá ser decretada a prisão preventiva, o doutrinador Capez (2010, p. 323) explica:

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.

No primeiro caso há evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento definitivo, porque até o trânsito em julgado da decisão condenatória o sujeito já terá cometido inúmeros delitos. Os maus antecedentes ou a reincidência são circunstâncias que evidenciam a provável prática de novos delitos, e, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva com base nessa hipótese.

No segundo, a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo. [...]

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 à 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 de culpa, inviabilizando a futura execução da penal. 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 n. 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste), incluiu no art. 312 do CPP esta hipótese de prisão preventiva. Trata-se de uma repetição do requisito “garantia da ordem pública”.

Nesse sentido, leciona Ferrajoli (2010, p. 515) sobre o assunto:

condução coercitiva, se quisermos que a mais leve restrição da liberdade por ela produzida não seja desproporcional ao valor dos bens ofendidos pelo delito que lhe deu causa, só se justifica nos processos de crimes mais graves e com fundamento em exigências instrutórias motivadas.

Destarte, são casos que evidenciam a necessidade da restrição da liberdade do acusado mediante a prisão provisória, de modo que sem essa medida poderá ocasionar prejuízo a persecução penal e no âmbito social.

Além disso, verifica-se que somente cabe a prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, nos termos do art. 313 da nova Lei n.º 12.403, de 4 de Maio de 2011.

3. O PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO (“*ultima ratio*”)

Princípios fundamentais são normas que “explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da constituição” (CANOTILHO, 2003, p. 1166), isto é, “normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional (SILVA, 2010, p. 95). Eles estão elencados nos arts. 1º ao 4º da Constituição Federal.

É a partir desses princípios fundamentais que surgem outros princípios derivados, que norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, a importância dos princípios. Adiante se verá os princípios que protegem a pessoa acusada de um crime.

A liberdade de uma pessoa que pratica algum delito somente será restringida, em regra, através de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Contudo, há situações em que é necessária a aplicação de uma das prisões provisórias, que na lição de Moraes (2010), revestem de constitucionalidade, pacificamente reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional do ato, sendo que não obstante a presunção *juris tantum* da não culpabilidade do acusado, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*.

No entanto, são medidas cautelares consideradas excepcionais, no qual se rege no processo penal o princípio da excepcionalidade da prisão.

O doutrinador Lopes Junior leciona (2009) que as prisões provisórias devem ser aplicadas em observância ao princípio da excepcionalidade da prisão, que deve ser analisada em conjunto com o princípio da não culpabilidade (art. 5º, LVII da Constituição Federal), isto é, devem ser a *ultima ratio* do sistema.

Vislumbra-se na Constituição Federal o princípio da excepcionalidade da prisão, em seu art. 5º, LXVI, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.” No âmbito infraconstitucional, o Código de Processo Penal, também coloca a prisão provisória como medida extrema, ficando a liberdade provisória, como regra.

Desse modo, há o direito e garantia fundamental do acusado de ser considerado inocente até o pronunciamento judicial definitivo e de ser somente privado de sua liberdade de locomoção em casos excepcionais. No ensinamento de Galindo (200, p. 50), existe a distinção entre direito e garantia fundamental:

A idéia de direitos fundamentais está associada a prerrogativas de todos os cidadãos, enquanto que a idéia de garantias fundamentais está ligada à questão dos meios utilizáveis para fazer valer aqueles direitos, ou seja, salienta-se o caráter material dos direitos fundamentais e o caráter instrumental das garantias fundamentais.

Porém, “a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais” (MENDES; COELHO; BRANCO; 2009, p. 302).

Em razão disso, verifica-se que há a existência de direito fundamental, bem como garantia fundamental, com relação ao acusado de um crime, ainda não condenado, de sua liberdade.

Isto decorre da supremacia da Constituição Federal. Silva (2010, p. 46) explica que “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”. Mesmo entendimento tem Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 17), dispondo que “como a Constituição é hierarquicamente superior, pela sua posição, natureza e função no âmbito do ordenamento jurídico, não existe outra alternativa: afasta-se a lei e aplica-se a Constituição. Nisto consiste a *supremacia constitucional*”.

Além do mais, a Constituição Federal tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art.1º, III), funcionando como princípio estruturante, em que no Estado Democrático de Direito todos os princípios devem observar o respeito à dignidade humana.

A “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem” (SILVA, 2010, p. 105), inclusive o direito da liberdade de locomoção.

Prado (2007) leciona que a dignidade da pessoa humana antecede o juízo axiológico do legislador, vinculando de forma absoluta sua atividade normativa, de modo que toda lei que violar esse princípio deve ser considerada como inconstitucional, principalmente na esfera penal.

Vale ressaltar sobre a possibilidade de o julgador decidir sobre colisões entre bens, valores e interesses igualmente protegidos pela Constituição Federal, é a chamada ponderação de valores constitucionais, decorrentes do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Esse princípio tem grande relevância na escolha da solução mais razoável para o problema jurídico concreto. Divide-se em subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Prado (2007) conceitua cada um deles:

Pela adequação ou idoneidade, a sanção penal deve ser um instrumento capaz, apto ou adequado à consecução da finalidade pretendida pelo legislador (adequação do meio ao fim). O requisito da necessidade significa que o meio escolhido é indispensável, necessário, para atingir o fim proposto, na falta de outro menos gravoso e de igual eficácia.

O princípio da proporcionalidade (*poena debet commensurari delicto*), em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer *excesso*.

O terceiro subprincípio (proporcionalidade em sentido estrito) exige que haja uma reciprocidade entre a relação meio e fim. De acordo com Canotilho (2003, p. 270):

Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da “justa medida”. Meios e fins são colocados em

equação mediante um juízo de ponderação, como objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.

Sua eficácia tem aplicação no conflito de princípios fundamentais, consoante a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. FURTO QUALIFICADO. DETERMINAÇÃO DE COMPARECIMENTO AO INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA PARA COLHEITA DE IMAGEM. DIREITO AO SILÊNCIO. PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-ACUSAÇÃO (NEMO TENETUR SE DETEGERE). CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.1. O direito à liberdade, fundamental e elemento imprescindível à dignidade da pessoa humana, é tutelado pela Magna Carta no caput do art. 5º. Entretanto, apesar de fundamental, não é absoluto, inclusive em face da existência de outros direitos e garantias de mesma natureza que demandam, conseqüentemente, ponderação de valores, harmonização ou concordância prática.2. Nesse mesmo diapasão, o direito ao silêncio (nemo tenetur se detegere), ainda que não expresso na Carta Magna, desponta como garantia essencial da pessoa humana, assegurando ao acusado o direito de não produzir provas em seu desfavor.3. "Nesse aspecto, competindo ao Órgão ministerial formar o convencimento do juiz acerca da materialidade e autoria delitiva aptas a condenação, ficou consagrado o princípio do nemo tenetur se detegere. Apesar da ausência de previsão expressa do princípio da não autoacusação na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, ficou assegurada a presunção de inocência e o direito absoluto de não ser torturado. Contudo, o Pacto de São José da Costa Rica o consagrou como direito fundamental no art. 8º, § 2º, g, dispondo que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo nem a se declarar culpado" (HC 97.509/MG).4. A Lei 10.792/03, seguindo esta nova sistemática, alterou o conteúdo do comando normativo do art. 186 do CPP estabelecendo que "Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa".5. No caso dos autos, a determinação ao paciente de apresentar-se ao Instituto Criminalística para a fim de submeter-se a perícia de confecção de imagens consiste, indubitavelmente, constrangimento ilegal e inconstitucional, agravada, ainda, pela ameaça concreta à liberdade de locomoção, em face da imposição de pena de prisão na hipótese de negativa de comparecimento em 5 dias.6. Ordem concedida para o fim de, expedindo-se salvo conduto, assegurar ao paciente o direito de não ser obrigado a comparecer ao Instituto de Criminalística para fornecer sua imagem.(HC 179.486/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 27/06/2011).

Barroso (2003) explica que de uma maneira menos traumática, é possível no caso concreto um bem jurídico ser aplicado em intensidade diferente em relação a outro. Porém é uma

possibilidade, porque no presente caso, apesar de ser possível aplicar a prisão provisória, a liberdade é a regra.

Sustentando essa questão que a liberdade é a regra, veio a Lei n.º 12.403, de 4 de Maio de 2011, surgindo as medidas cautelares alternativas à prisão, aplicadas em proporção com a gravidade do caso concreto, previstas no art. 319, como o comparecimento periódico do indiciado em juízo para informar e justificar suas atividades, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de contato com determinada pessoa e recolhimento domiciliar durante o período noturno e dias de folga, entre outras. Assim, fixou-se mais ainda que as prisões provisórias somente devem ser aplicadas em situações excepcionais.

Adverte, ainda, Tourinho Filho (2010, p. 155), que somente irá ser decreta “a medida extrema quando ela tiver, realmente, indisfarçável caráter cautelar, quando necessária aos fins do processo”.

Portanto, o Processo Penal deve ser garantista, que é interpretar o processo penal à luz da Constituição Federal, que no presente caso visa proteger a liberdade o indivíduo. Segundo Ferrajoli (2010), Garantismo significa a tutela de valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui objetivo justificante do direito penal, dentre eles a dignidade da pessoa do imputado, bem com sua garantia da liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade.

4. A IDEOLOGIA DA SENSAÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA PELAS PRISÕES PROVISÓRIAS

Devido aos inúmeros crimes praticados, a sociedade vê na prisão de um suposto autor de um delito uma sensação de segurança jurídica, isto é, com prisão dos acusados, surge a ideia da credibilidade da justiça. Porém, sem a prisão, gera uma sensação de impunidade.

Forma-se uma convicção de que a pessoa acusada deve ser presa imediatamente, no intuito de ver a sociedade em segurança com os criminosos.

Em decorrência disso, o que se tem visto são milhares de acusados respondendo a processos criminais sob a medida cautelar da prisão provisória, motivo pelo qual se tornou um “caos” nas cadeias públicas.

Observa-se, principalmente, que esses presos provisórios são pessoas de baixa renda, que não tem condições de pagar advogados bons para patrocinar suas defesas, ficando, assim, as pessoas que possuem boas condições financeiras e/ou influenciáveis, soltas. Um exemplo são os crimes de colarinho branco, em que é cometido por pessoa de alta posição social, com elevada influência, praticado por abuso de confiança. Tais criminosos acabam ficando durante todo o inquérito e/ou processo soltos. Isso é chamado de direito penal de autor, em que se preocupa com quem o acusado é, e não com o fato por ele praticado. Porém, não é assim que deve ser interpretada a prisão provisória.

Zaffatoni e Pierangeli (2008, p. 107) ensinam que o direito penal deve ser de ato:

um direito que reconheça, *mas que também respeite* a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação.

É direito constitucional de toda pessoa de não ser considerada culpada antes de um pronunciamento judicial definitivo, pois a regra é a liberdade, como direito inato da 1ª Dimensão dos direitos fundamentais.

Sobre as dimensões dos direitos fundamentais, Mendes, Coelho e Branco (2009) explica que a Primeira Geração refere-se às liberdades individuais, traduzindo-se nas obrigações de não fazer dos governantes de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. Na Segunda Geração refere-se aos direitos sociais, diz respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc., é o direito a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais (sindicalização e direito de greve, por exemplo). Já a Terceira Geração, faz alusão à proteção da coletividade, sendo o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

A prisão provisória deve ser uma medida tão extrema, porque além de ser um reflexo negativo para o acusado, ainda considerando inocente, é um ato irreversível que ferem direitos e garantias constitucionais.

É, assim, uma indevida ideologia, sem observância dos direitos fundamentais. Adiante se verá explanado a inadequação da medida e a colaboração da banalização da prisão pelo sensacionalismo da mídia.

4.1 INADEQUAÇÃO DO SISTEMA PARA OS PRESOS PROVISÓRIOS

Com os dados obtidos pelo doutrinador Lopes Junior (2011, p. 2), em que “o sistema carcerário brasileiro está em colapso, e no ano de 2011, superamos a marca dos 500 mil presos, sendo que, destes, quase 200 mil são presos cautelares”, verifica-se que quase metade dos presos são provisórios, verificando-se uma superlotação nas cadeias públicas. Está um “caos”.

O sistema da aplicação da prisão provisória está sendo inadequado, sem observância dos direitos e garantias constitucionais referentes à liberdade e dignidade da pessoa humana. Com a superlotação, o preso provisório passa por situações humilhantes, como condições de higiene das celas degradantes, sem ao menos ter sido condenado. Ressalta-se, entretanto, que essa condição não deve ser suportada por ninguém, mesmo o condenado, como direito da dignidade da pessoa humana.

Além disso, com aplicação desta prisão, o acusado ao sair do encarceramento, vê sua personalidade afetada, com preconceito da sociedade, que mesmo considerado inocente perante a Justiça Criminal, é considerado perante toda sociedade como criminoso. Tem dificuldades para relacionar com outras pessoas, adquirir um emprego, que vê a solução de sobrevivência em delinquir.

O advogado Podval (2010, p. 22), um dos mais ocupados advogados criminalistas do Brasil, afirmou em uma entrevista à Revista Veja sobre as condições subumanas que os presos provisórios sofrem:

As pessoas são trancafiadas de forma desumana. Até no zoológico os animais têm melhor tratamento. Não é incomum o fato de as pessoas morrerem por falta de ar, por falta de espaço físico mínimo para sobreviver. Em muitas cadeias, os presos precisam se revezar para conseguir se deitar e alguns ficam em pé enquanto outros dormem. A punição de cadeia no país é tão desumana, tão exagerada, que eu diria que qualquer pena de prisão já é por si só um exagero no Brasil.

Nesse sentido, a prisão provisória apesar de buscar justiça e segurança ao solucionar a investigação criminal ou o processo, afeta o direito da liberdade de locomoção do acusado e sua dignidade. Não pode assim ser meramente violados, pois estão protegidos pela Constituição Federal.

Trata-se, assim, de medida inadequada senão aplicada em casos extremamente necessários.

4.2 SENSACIONALISMO DA MÍDIA

A mídia é um dos principais fatores para o crescimento das superlotações nas cadeias públicas, porque ao expor programas, revistas e jornais, o Poder Judiciário acaba por determinando as prisões provisórias, com o escopo de evitar o clamor público, garantindo, assim, a sensação de segurança jurídica na sociedade.

Ocorre que ao invés de simplesmente exercer a função de informar, que é inerente à imprensa, acabam por apontando de forma estigmatizada os acusados como criminosos, com objetivo de aumentar os índices de audiência (TV) e compras (revistas e jornais), principalmente nos crimes mais polêmicos, que chocam a sociedade, como o homicídio.

Existem vários casos em que a mídia sem que tenha conhecimento do processo criminal, utiliza de informações tendenciosas ou parciais, resultantes de diálogos com autoridades ou agentes policiais, advogados das partes, por exemplo.

Durante uma entrevista à Revista Veja, o advogado Podval (2010, p. 23) que atuou na defesa de Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatoba referente à morte da menina Isabella, asseverou que “a causa era perdida. A opinião pública estava tomada pela convicção de que eles precisavam ser condenados”, bem como “A realidade é que todo mundo sabia que não era possível realizar o júri deles de forma imparcial. Eles já estavam condenados pela opinião pública”. Neste caso e em outros se verifica que a mídia influi na condenação do acusado, de modo que fica difícil dar uma decisão imparcial.

Através da veiculação sensacionalista, gera conseqüências prejudiciais ao processo criminal, tanto em relação ao acusado, que se vê estigmatizado como criminoso, tornando-se

“condenado”, antes mesmo de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, com seus direitos e garantias constitucionais violados, quanto à sensação de impunidade e descrédito na Justiça. Nesta esteira, Vieira (2003, p. 109) afirma:

É comum, também, os meios de comunicação noticiarem uma prisão temporária ou cautelar de uma determinada pessoa, elevando o provimento jurisdicional à categoria de definitivo. Verificada a desnecessidade do arresto cautelar, a notícia da liberdade do suspeito ou acusado gera na opinião pública uma descrença na atividade de Justiça. Daí surgirem os chamados “clichês”: “a polícia prende a Justiça solta”, “o crime compensa”, “só pobre vai para a cadeia”, entre outros.

Destarte, com a indevida vinculação, o Juiz Criminal acaba sendo influenciado nas decisões, pelo clamor público. No entanto, esse fundamento, aplicado unicamente, não é requisito para a manutenção de uma prisão cautelar. É algo que deve ser analisado concretamente junto com os direitos e garantias constitucionais.

5. CONCLUSÃO

Considerando as pesquisas realizadas no presente estudo, verifica-se que:

I - as prisões provisórias restringem o direito da liberdade de locomoção de uma pessoa ainda não considerada culpada, o que afeta de forma negativa a sua dignidade;

II – em decorrência do surgimento da Constituição Federal de 1988, que trouxe direitos e garantias que protegem o indivíduo, principalmente a liberdade, dos requisitos para a manutenção da prisão preventiva previstos no Código de Processo Penal, com alterações da nova Lei n.º 12.403, de 4 de Maio de 2011, conclui-se que as prisões provisórias são medidas cautelares aplicáveis somente em casos excepcionais;

III – com o surgimento das medidas cautelares alternativas à prisão pela Lei n.º 12.403, de 4 de Maio de 2011, veio a fixar a excepcionalidade da prisão;

IV – mediante os índices apontados, as prisões provisórias estão banalizadas, em que aponta como mais da metade de presos provisórios no sistema carcerário brasileiro, gerando superlotação nas cadeias públicas;

V – o processo penal deve ser Garantista, que é interpretar o processo penal à luz da Constituição Federal;

VI - O Juiz Criminal deve analisar cada caso concreto, com observância dos direitos e garantias constitucionais, mormente o princípio da não culpabilidade e dignidade da pessoa humana, bem como sem influência do sensacionalismo da mídia e da ideologia de sensação jurídica gerada à sociedade pelas prisões provisórias, de modo que não viole princípios constitucionais e profira decisões com inteira justiça.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **A nova interpretação constitucional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO JUNIOR, R. **As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GALINDO, B. **Direitos fundamentais**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003.

LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JUNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, J. F. **Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2008

MORAES, A. **Direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, G. S. **Manual de processo penal e execução penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, E. P. **Curso de processo penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PODVAL, R. A cadeia é pior do que zoológico. **Veja**, São Paulo, a 44, n. 41 p, 19-23. 12 outubro, 2011. Entrevista concedida a Fábio Portela.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo penal**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, A. L. M. **Processo penal e mídia**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.