

# Uma proposta de redução do encarceramento preventivo

Um passo para superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário

**Ademar Borges**

19 de Janeiro de 2017 - 13h26



*Pixabay*

ADPF 347

CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE

DEPEN

FUNPEN

PRESÍDIOS

PRISÃO PREVENTIVA



142



0



Aa

## Introdução

**I.** A crise do sistema penitenciário brasileiro está escancarada no noticiário nacional e internacional.

Centenas de milhares de seres humanos são vítimas de um tratamento indiscutivelmente cruel e desumano nas cadeias brasileiras. O cenário é de tamanha gravidade e indignação que o Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento da MC-ADPF 347, chegou a afirmar em seu voto que “*os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre*”. Na semana passada, ao subscrever em parceria com Daniel Sarmiento o pedido de aditamento à ADPF 347 – com o objetivo de impedir o desvio de recursos públicos do FUNPEN para a segurança pública (MP 755/16) –, recordamos que os quase 100 detentos mortos nas duas terríveis chacinas ocorridas nos Estados do Amazonas e Roraima não foram vítimas de meros “acidentes”[1]. Essa tragédia humana é consequência previsível do *estado de coisas inconstitucional* do nosso sistema prisional, já reconhecido pelo STF, e da omissão dos Poderes Públicos em enfrentá-lo.

Apesar das evidências de que a prisão no Brasil não reduz a criminalidade, provoca a reincidência, fabrica delinquentes e favorece a organização de criminosos[2], o direito penal brasileiro é cada vez mais identificado com a pena privativa de liberdade. As execuções penais privativas de liberdade corresponderam a 62,8% das penas da Justiça criminal brasileira em 2015[3]. Tribunais de Justiça como os do Rio de Janeiro, do Ceará e do Espírito Santo chegam a aplicar pena de prisão em mais de 90% dos casos. Nenhum sistema penitenciário pode funcionar adequadamente, especialmente num ambiente de escassez de recursos públicos como o brasileiro, se a política criminal continuar a acelerar o nível de encarceramento em massa da população. Como recordaram Tiago Joffily e Airton Gomes Braga em recente artigo, “*a imaginada correlação entre encarceramento, de um lado, e redução da criminalidade, de outro, nunca foi demonstrada empiricamente*”[4]. Pelo contrário, o mais abrangente estudo sobre o tema, conduzido pelo criminólogo finlandês Lappi-Seppälä – que serviu de base para as discussões

travadas no 12º Congresso da ONU sobre prevenção ao crime e justiça criminal –, comprovou que o aumento das taxas de encarceramento pouco ou nada contribui para a redução dos índices de criminalidade[5]. Tal como observou o ex-diretor do DEPEN, Renato Campos Pinto de Vitto, a população carcerária brasileira saltou 575% entre 1990 e 2014 sem que isso refletisse na redução da criminalidade[6]. É necessário aprender a abandonar experiências mal sucedidas, o que significa deixar de apostar novas fichas na política de *hiperencarceramento* praticada nos últimos anos no Brasil.

Sem prejuízo da necessidade de discutir a cultura de encarceramento em massa vigente no Brasil – afinal as prisões brasileiras constituem uma das maiores causas da violência endêmica que atinge a toda a sociedade brasileira –, não há dúvida sobre a necessidade de garantir imediatamente um mínimo de dignidade ao tratamento dispensado pelo Estado aos atuais detentos. Como forma de superar um dos principais problemas do sistema penitenciário – a superlotação das cadeias –, proponho uma solução que permite de forma rápida e eficaz a significativa redução da quantidade de presos provisórios.

A Lei 12.403 de 2011, que criou as medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, foi aprovada com o objetivo de reverter o dramático quadro de crescimento vertiginoso do número de presos provisórios no país. Apesar dos esforços do legislador para mudar essa realidade, as pesquisas de monitoramento da política pública instituída por essa lei mostram que a criação de um novo sistema de medidas cautelares alternativas à prisão não produziu uma redução do encarceramento cautelar no Brasil. Ao contrário, tanto em números absolutos como em termos proporcionais a população de presos provisórios cresceu desde a entrada em vigor da Lei 12.403. As pesquisas revelam o uso abusivo da prisão preventiva pelo Judiciário brasileiro, mesmo depois da instituição da política pública que ampliou a lista das medidas cautelares penais.

O fracasso dessa política pública pode ser demonstrado de duas formas principais: (i) a prisão preventiva continua sendo utilizada largamente como a principal medida cautelar penal, ao passo que as medidas cautelares alternativas, instituídas pela Lei 12.403 não foram incorporadas à prática do sistema de justiça criminal; e (ii) a prisão preventiva continua sendo aplicada a uma significativa parcela de acusados aos quais o Judiciário, ao final do processo, aplica penas restritivas de direito, quando não os absolve. Depois de mais de cinco anos de vigência da política pública de redução do encarceramento cautelar instituída pela Lei nº 12.403 de 2011, verifica-se a necessidade de aperfeiçoamento das condições de sua implementação pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, identifiquei duas causas da perpetuação da cultura judicial de encarceramento provisório em massa, mesmo após a alteração do seu marco legal. Ao final, sugiro uma possível solução para cada um dos problemas identificados, todas elas passíveis de implementação pelo Judiciário – notadamente pelo STF –, sem necessidade de reforma legislativa, de modo a atingir a pretendida ruptura com a prática judicial de utilização abusiva da prisão preventiva.

## **II. Um panorama do quadro atual: o fracasso da efetivação da política pública de redução do encarceramento cautelar**

De acordo com estatísticas do *InfoPen*, colhidas dois anos antes da reforma legislativa no sistema de medidas cautelares processuais, o Brasil contava, em julho de 2009, com 469.807 homens e mulheres encarcerados, sendo que, do total, 149.514 estavam presos provisoriamente. Em dezembro do mesmo ano, 164.683 presos, do total de 496.251 encarcerados no Brasil, eram provisórios. Tinha-se, a toda evidência, um quadro geral de excesso (abuso) cautelar em que mais de um terço dos investigados/réus em procedimentos criminais cumpriam medida cautelar de prisão, antes da conclusão dos processos judiciais (31,8% e 33,2% em julho e dezembro de 2009, respectivamente)[7].

Mais preocupante ainda era o fato de que parte considerável dos presos provisórios, ao final do processo, recebia penas alternativas ou sanções corporais menos graves que a medida de prisão preventiva (cuja execução se dá com encarceramento total equivalente ao cumprimento de pena em regime fechado) cumprida ao longo do processo. Na pesquisa realizada em conjunto pelo o Ministério da Justiça e pelo IPEA, verificou-se que, em 65,2% dos processos selecionados com trânsito em julgado em 2011, os investigados já estavam presos quando da instauração do inquérito policial e que 59,2% haviam sido presos em flagrante. Por outro lado, dos réus que cumpriram prisão provisória, 37% sequer foram condenados à pena de prisão: 17,35% foram absolvidos e 9,4% foram condenados ao cumprimento de penas alternativas; em 3,6% dos casos, operou-se a prescrição e, em igual proporção, a denúncia foi arquivada. Com efeito, a quantidade de presos provisórios que, ao final do processo, não receberam pena de prisão revelava *“o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país”*[8].

Pensava-se, então, que a inexistência de medidas cautelares alternativas à escolha binária entre decretação de prisão provisória e concessão de liberdade provisória fosse uma das causas para o excesso de encarceramento cautelar. Nesse contexto, objetivava-se, entre outras coisas, com a aprovação da Lei 12.403/2011, oferecer uma resposta legal ao quadro de flagrante violação aos princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade no tratamento das medidas cautelares de natureza penal. A reforma legislativa abandonou o sistema bipolar – prisão ou liberdade provisória – e passou a trabalhar com várias alternativas à prisão, viabilizando uma saída para o gravíssimo quadro de crescimento vertiginoso da população de presos provisórios no país. Duas mudanças trazidas pela lei foram cruciais para a formulação da política pública: (i) a prisão preventiva passa a ser expressamente uma medida excepcional, cabível apenas quando outras medidas cautelares menos gravosas não puderem ser aplicadas pelo juiz (nova redação dos artigos 319 e 321 do CPP); (ii) a prisão preventiva somente

poderá ser aplicada quando o acusado responde por crime doloso cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos (inciso I do artigo 313 do CPP).

Entretanto, os estudos de monitoramento da implementação da política pública instituída pela lei demonstram que seus objetivos não têm sido alcançados. Com efeito, o estudo *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*, realizado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apurou, em 2014, a existência de mais de 230 mil presos provisórios no sistema carcerário, o que representa a porcentagem de 41% do total de 563.526 presos no Brasil[9]. Houve, portanto, um aumento do número absoluto de presos provisórios no Brasil, bem como da sua proporção em relação ao total de encarcerados no sistema, em comparação ao ano de 2009. No período de 2009 a 2014, houve um incremento de mais de 80 mil presos provisórios no sistema, o que elevou em quase 10% o percentual de presos provisórios em relação ao total da população carcerária. Em dezembro de 2016, segundo dados divulgados pelo CNMP, a proporção de presos provisórios permanece inalterada em cerca de 40% do total da população carcerária[10]. Ainda que se cogitasse a hipótese de que a elevação do número de presos provisórios teria ocorrido em razão do crescimento da população carcerária como um todo, o fato é que a proporção de presos provisórios cresceu consideravelmente no período, a despeito da entrada em vigor, no ano de 2011, da Lei 12.403[11].

Em relação ao crime de tráfico de drogas, a utilização abusiva prisão provisória é particularmente grave. Cerca de 98% dos presos em flagrante têm a prisão convertida em preventiva, mas somente 52% dos sentenciados são condenados a cumprir pena em regime fechado, o que evidencia a utilização abusiva da prisão processual. Nos crimes de receptação e furto, o mesmo quadro de grave irracionalidade se repete: apenas 10% dos presos no início do processo são sentenciados a cumprir pena

em regime fechado, mesmo tendo a metade dos investigados por esses crimes permanecidos presos no curso do processo criminal[12].

Em síntese, os dados colhidos nas pesquisas acima citadas autorizam a conclusão de que a política pública de redução do encarceramento cautelar instituída pela Lei nº 12.403 de 2011 não atingiu seu objetivo principal: a prisão preventiva continua a ser utilizada com absoluta primazia pelo sistema de justiça criminal. As medidas alternativas à prisão preventiva têm sido aplicadas apenas residualmente. Ao invés de substituírem o uso da prisão preventiva, passaram a ser utilizadas em situações nas quais o réu respondia ao processo em liberdade sem aplicação de qualquer medida cautelar[13]. Mais grave ainda é notar que o percentual de presos provisórios no sistema carcerário brasileiro aumentou significativamente nos anos que seguiram à aprovação da Lei 12.403. A irracionalidade do sistema fica escancarado na medida em que se verifica uma parcela bastante elevada dos presos provisórios sequer recebe como sanção definitiva uma pena de reclusão em regime fechado. Nesses casos, os réus respondem ao processo presos e são colocados em liberdade no momento da sentença.

### **III. A tentativa de implementar a política de redução do encarceramento provisório no Brasil por meio da ADPF 347: o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e a insuficiente atuação do STF**

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC-ADPF) nº 347, no ano de 2015, proclamou a existência de *estado de coisas inconstitucional* no âmbito do sistema carcerário brasileiro ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos detentos, realidade causada pela reiterada inércia do Poder Público, agravada pela chamada *cultura do encarceramento* persistente no país.

A petição inicial da ADPF 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e elaborada pela Clínica de Direitos

Fundamentais da UERJ, defendeu a tese de que a prática judicial vigente quanto ao tema das prisões provisórias contribui para a formação desse *estado de coisas inconstitucional*. O fracasso da política pública de redução do encarceramento cautelar instituída pela Lei nº 12.403 de 2011 foi expressamente citado na arguição de descumprimento de preceito fundamental como causa da grave situação de desrespeito aos direitos fundamentais dos presos no Brasil. Como forma de superar o insucesso da política pública de redução do encarceramento cautelar, a petição inicial da ADPF defendeu a necessidade de pronunciamento do STF afirmando a necessidade de expressa fundamentação judicial, nas decisões que decretam prisões preventivas, para a não aplicação das medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do CPP[14].

Como reação ao estado de coisas inconstitucional, o STF determinou a realização de audiências de custódia e a liberação de recursos contingenciados do Fundo Penitenciário Nacional, mas indeferiu o pedido cautelar deduzido na ADPF para que o STF determinasse *“a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal”*[15]. A virtuosa iniciativa do legislador brasileiro consubstanciada na aprovação da Lei 12.403 não produziu os resultados previstos em razão da impermeabilidade da magistratura brasileira ao novo marco legal. As medidas alternativas à prisão preventiva não são utilizadas em maior escala porque o sistema de justiça criminal não abandonou a crença de que somente a prisão preventiva pode realizar adequadamente as funções cautelares de proteção da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal (artigo 312 do CPP). O STF perdeu a oportunidade, no julgamento da medida cautelar na ADPF 347, de reconhecer a parcela de culpa do Judiciário na formação do *estado de coisas inconstitucional* do sistema carcerário do país, e, especialmente no que diz respeito ao tema da prisão preventiva, deixou de contribuir para a efetivação da política pública traçada pela Lei



12.403, tão desprezada na prática judicial pela magistratura brasileira.

#### **IV. Duas causas do fracasso da política pública de redução do encarceramento cautelar**

Entre as causas do fracasso da política pública instituída pela Lei 12.403 – notadamente no que diz respeito ao objetivo de redução do encarceramento cautelar no Brasil –, destacam-se duas: (i) o controle deficiente, por parte do STJ e do STF, da motivação das decisões que decretam diretamente a prisão preventiva, sem examinar de forma específica o não cabimento das outras medidas cautelares alternativas; e (ii) a ausência de confrontação das medidas cautelares com o resultado de uma provável condenação, com base numa eventual dosimetria hipotética da pena para se aferir a proporcionalidade da medida cautelar de prisão em face da futura provável sanção definitiva.

##### **IV.A. O controle deficiente da falta de fundamentação das decisões judiciais que decretam prisões preventivas sem demonstrar o não cabimento das medidas cautelares alternativas**

Como aqui já se disse, a reforma legislativa empreendida pela Lei 12.403/2011, com o propósito de compatibilizar a tutela processual com os ditames constitucionais da presunção de inocência e da proporcionalidade, reforçou o caráter excepcional da prisão preventiva, condicionando seu cabimento à hipótese de “*se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão*” (CPP, art. 310, II). A partir do novo marco legal, o magistrado não tem autorização legal para, recebidos os autos de prisão em flagrante, imediatamente convertê-lo em prisão preventiva, mesmo diante do *periculum libertatis* e do *fumus comissi delicti*, se for cabível medida cautelar diversa da prisão e menos gravosa à liberdade de locomoção do indivíduo[16].

A decisão que decretar a prisão preventiva será sempre motivada (CPP, art. 310, *caput*, e art. 315), inclusive, com a apresentação das razões que justificam o não cabimento de

medida cautelar diversa e menos gravosa ao acusado. Repita-se: a motivação da decisão judicial que decretar a prisão preventiva deverá expor as razões que demonstrem a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares processuais menos gravosas ao direito de liberdade do réu, sob pena de nulidade. A jurisprudência do STF tem auxiliado a esclarecer o reforço de ônus argumentativo imposto aos juízes como exigência para a decretação da prisão preventiva a partir do novo marco legal: *“Em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Corte, que a prisão preventiva é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais.”*[17]

Ocorre que o quadro retratado pelas pesquisas de monitoramento da efetivação da Lei 12.403 indica a precariedade do juízo de controle de legalidade das prisões em flagrante, as quais são quase que automaticamente convertidas em preventivas, e, o que é pior, sem a devida motivação.

O reforço de fundamentação da decisão judicial que decreta a prisão preventiva exigido pela Lei n. 12.403 – já não basta demonstrar a presença dos requisitos previstos no artigo 312 do CPP, sendo necessário demonstrar o não cabimento das medidas alternativas (artigo 319 do CPP) – deveria trazer como consequência a nulidade de qualquer decisão judicial que imponha a prisão preventiva sem analisar de forma específica a impossibilidade de aplicação das medidas alternativas. Ocorre que o STJ tem entendido que *“o juiz singular, ao decretar a prisão preventiva, não está obrigado a afastar expressamente o eventual cabimento de outra medida cautelar, pois, se decretou, fundamentadamente, a custódia preventiva do acusado, à luz de uma das hipóteses autorizadas previstas no art. 312 do Código*

*de Processo Penal, é porque entendeu, de forma implícita, que não seria cabível qualquer das medidas cautelares alternativas à prisão”[18].* Quando não assume claramente que entende dispensável a motivação específica para a não aplicação das medidas alternativas à prisão preventiva, precedentes do STJ e STF simplesmente afirmam a legitimidade da decisão que a decretou com base no reconhecimento da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva – *periculum libertatis* (art. 312 do CPP) e do *fumus comissi delicti* –, o que, de igual modo, implica afastar o ônus de motivação específica quanto ao não cabimento das outras medidas cautelares[19].

A falta de demonstração da ineficácia das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP nem sempre implica, na jurisprudência brasileira, o reconhecimento da nulidade da decisão que decreta a prisão preventiva. Se a ausência de demonstração do não cabimento das medidas alternativas não produzir como consequência a nulidade do decreto de prisão preventiva, é evidente que prevalecerá, como tem ocorrido até os dias atuais, a chamada “*interpretação retrospectiva*”[20], responsável pelo fracasso da política pública traçada pela Lei 12.403. O reconhecimento pelo STF e pelo STJ da nulidade das decisões que decretam prisões preventivas sem a correspondente demonstração da impossibilidade de aplicação das medidas alternativas, além de produzir o efeito específico em benefício de determinadas pessoas, pode “*induzir uma maior adesão voluntária às normas jurídicas e, no caso, às normas que cuidam da promoção de direitos fundamentais*”[21]. Se é verdade que não se pode prever com precisão o modo como esses estímulos impactam o resultado da política pública, o fato é que esse “*efeito da prevenção geral é relevante tanto mais quanto se observa uma tendência de objetivação da jurisprudência*”[22]. Daí porque o STF pode elevar drasticamente a adesão à política pública de redução do encarceramento provisório acolhendo o pedido deduzido na ADPF 347 para determinar “*a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à*

*privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal”[23].*

#### **IV.B. Ausência de dosimetria hipotética da provável sanção definitiva**

Como se sabe, a prisão preventiva só pode ser decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, conforme dispõe o Código de Processo Penal no seu art. 313, inciso I. Ocorre que, a partir de uma interpretação literal desse dispositivo, entende-se ser suficiente, para eventual decretação de prisão cautelar, se tratar a hipótese de crime doloso ao qual se comina, em abstrato, a pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, o que acaba por favorecer a utilização indevida das prisões preventivas, tendo em vista que, não raro, as condenações tendem a se aproximar do mínimo legal e são fixadas de modo a serem cumpridas em regimes mais brandos (semiaberto ou aberto), ou, então, as sanções corporais são substituídas por penas alternativas – restritiva de direitos ou multa.

Com efeito, viu-se que grande parte dos presos provisórios não chega sequer a receber na sentença definitiva uma pena privativa de liberdade. Não raras vezes, a prisão cautelar se apresenta como muito mais gravosa do que a própria condenação. Frequentemente, o remédio é mais amargo que a doença: a tutela processual (prisão cautelar) é mais danosa que o seu resultado (pena definitiva).

Dessa forma, a única maneira de garantir a observância do princípio constitucional da proporcionalidade na utilização da medida cautelar de prisão é mediante a realização de uma dosimetria hipotética da provável pena a ser aplicada ao investigado/réu em caso de condenação, previamente à decretação da prisão preventiva, a fim de se averiguar a real proporcionalidade da medida empregada para a tutela do processo em relação a uma provável condenação. Somente assim é que se poderá conter a utilização indevida das prisões preventivas, restringindo-as aos casos em que for provável a

condenação à pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto (nos quais efetivamente o apenado é encarcerado). Essa proposta de impor como condição para a decretação da prisão preventiva a realização da dosimetria hipotética pode contribuir para excluir do triste quadro de encarceramento processual em massa os casos mais representativos de manutenção da prisão preventiva identificados pelo Instituto Sou da Paz e revelados no Manual do DEPEN[24]. Nesse sentido, Schietti observou que:

[b]em percebeu a Comissão de Juristas que, em tema de intervenção estatal na liberdade humana, uma das mais fiéis balanças a pesar os interesses conflitantes é a regra-princípio da proporcionalidade, que, na linguagem da Exposição de Motivos, significa «que o remédio não pode ser mais agressivo que a enfermidade». Em termos práticos, e entre outros efeitos derivados da observância desse princípio, cumpre ao aplicador da lei penal confrontar as medidas cautelares com o resultado de uma provável condenação, para se aferir eventual «excesso na dose», com a aplicação de medida cautelar mais grave que a pena decorrente de eventual sentença penal condenatória. Ademais, como dito no texto introdutório ao Projeto, “o recurso à prisão somente será legítimo quando outras medidas cautelares revelarem-se inadequadas ou insuficientes.”[25]

No entanto, a prática judicial consolidada não contempla esse tipo de dosimetria hipotética da futura sanção definitiva como condição para análise do cabimento da prisão preventiva, provavelmente porque os magistrados foram desincentivados a assim atuar em razão do consolidado entendimento jurisprudencial de que *“é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética”*. Esse entendimento jurisprudencial foi sumulado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no ano anterior à alteração legislativa do regime legal das medidas cautelares processuais: *“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo*

*penal*”[26]. Além disso, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral (543-B, CPC de 1973), a inadmissibilidade do reconhecimento de prescrição com base em pena hipotética[27].

Sem sombra de dúvidas, referido entendimento jurisprudencial proibitivo do reconhecimento da prescrição em perspectiva inibe a realização de um exercício hipotético de proporcionalidade das medidas cautelares de prisão, o que contribui para a manutenção da cultura judicial de encarceramento provisório generalizado. Embora não se possa, segundo o marco jurisprudencial vigente, utilizar a dosimetria hipotética para fins de reconhecimento da prescrição em perspectiva, nada impede que os juízes utilizem essa técnica para evitar a decretação de prisão preventiva quando não for altamente provável a condenação do réu/investigado a uma pena privativa de liberdade.

## **V. Conclusão: Uma proposta objetiva de superação dos problemas identificados**

Os estudos de monitoramento demonstram que a política pública instituída pela Lei 12.403/2011, que prevê as medidas cautelares alternativas à prisão, não atingiu seu objetivo original de reduzir a enorme quantidade de presos provisórios no Brasil. Entre as causas do fracasso da política pública instituída pela Lei 12.403 – notadamente no que diz respeito ao objetivo de redução do encarceramento cautelar no Brasil –, destacam-se duas: (i) o controle deficiente, por parte do STJ e do STF, da motivação das decisões que decretam diretamente a prisão preventiva, sem examinar de forma específica o não cabimento das outras medidas cautelares alternativas; e (ii) a ausência de confrontação das medidas cautelares com o resultado de uma provável condenação, com base numa eventual dosimetria hipotética da pena para se aferir a proporcionalidade da medida cautelar de prisão em face da futura provável sanção definitiva.

Nesse contexto, o problema da utilização excessiva das prisões

cautelares no Brasil só poderá ser solucionado se se levar em consideração esses dois fatores. As soluções devem perpassar, portanto, pela interpretação conforme à Constituição do inciso I, art. 313, do CPP, no sentido de se condicionar à prisão preventiva aos casos em que seja provável a condenação de privação de liberdade superior a 4 (quatro anos), a fim de se garantir a satisfação do princípio da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares. Além disso, é cada vez mais urgente a necessidade de que o STF determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Como bem ressaltou Juarez Tavares em parecer que subsidiou a petição inicial da ADPF 347, *“a magistratura brasileira não é simples coadjuvante no processo de sistemática violação aos direitos fundamentais dos presos, senão seu elemento propulsor à medida que contribui ativamente para um projeto de ampla encarcerização – acionando voluntariamente a ordem jurídica vigente para estender, por via interpretativa, a aplicação de penas privativas de liberdade e de prisões cautelares –, ao mesmo tempo em que consente, ainda que por omissão, a ofensa, por parte do Estado, aos direitos mais básicos dos presos”*[28]. O fracasso da política pública de redução do encarceramento provisório no Brasil deve-se, fundamentalmente, ao desprezo da magistratura brasileira pelo novo marco legislativo. Se é assim, cabe ao órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, garantir que, no Brasil, o juiz somente poderá decretar a medida mais radical – a prisão preventiva – quando não existirem outras medidas menos gravosas ao direito de liberdade do indiciado ou acusado por meio das quais seja possível, com igual eficácia, os mesmos fins colimados pela prisão cautelar, demonstrada, em qualquer hipótese, a probabilidade de aplicação ao investigado/acusado, em caso de condenação, de pena privativa de liberdade.

\*Agradeço a valiosa contribuição do graduando Pedro Henrique Rezende na pesquisa empírica que subsidiou este ensaio. Sobre o tema, ademais, um artigo científico mais alentado será publicado ainda neste semestre.

### **Referências Bibliográficas**

ASSOCIAÇÃO PELA REFORMA PRISIONAL. **Usos e Abusos da Prisão Provisória no Rio de Janeiro. Avaliação do Impacto da Lei 12.403/2011.** Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/presos.pdf>

BAIRD, Marcello Fragano; FERNANDES, Márcia Adriana; POLLACHI, Natália. **Monitorando a aplicação da Lei das Cautelares e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo. Instituto Sou da Paz e Associação pela Reforma Prisional.** 2014. Disponível em: [http://soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa\\_lei\\_das\\_cautelares\\_con.pdf](http://soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_con.pdf)  
Último acesso em agosto de 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direito Constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa: direito a justificativa.** Tese de titularidade apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** – 4ª ed. – Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil.** Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília, 2014. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas\\_presas\\_no\\_brasil.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil.pdf)  
Último acesso em agosto de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016: ano-base 2015.** Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3c.pdf>  
Último acesso em janeiro de 2017.



CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro.**

Brasília, 2013.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro.**

Brasília, 2016.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **As medidas cautelares no projeto do novo CPP**, 2009. Disponível em:

<http://www.metajus.com.br/artigos/artigo40.html>. Último acesso em agosto de 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA;  
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **A aplicação de penas e medidas alternativas. Relatório de pesquisa – sumário executivo.**

Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Secretaria de Assuntos estratégicos da Presidência da República Federativa do Brasil, Ministério da Justiça. Brasília, 2014.

Disponível em: [https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-anexos/pmas\\_sum-executivo-final-ipea\\_depen-24nov2014.pdf](https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-anexos/pmas_sum-executivo-final-ipea_depen-24nov2014.pdf).

Último acesso em agosto de 2016.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **O Impacto da Lei das Cautelares nas Prisões em Flagrante na Cidade de São Paulo.** São Paulo,

2014. Disponível em:

[http://soudapaz.org/upload/pdf/lei\\_das\\_cautelares\\_2014\\_digital.](http://soudapaz.org/upload/pdf/lei_das_cautelares_2014_digital.)

Último acesso em outubro de 2016.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA PASTORAL  
CARCERÁRIA NACIONAL. **Tecer Justiça: presas e presos provisórios na cidade de São Paulo.** São Paulo, 2012.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Prisões Cautelares.** – 4ª ed. – Saraiva: 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais.** São Paulo, Editora Método, 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Manual de gestão para**

**alternativas penais: medidas cautelares diversas da prisão.**

PNUD. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/manual-de-gestao-para-alternativas-penais-medidas-cautelares-diversas-da-prisao.pdf>. Último acesso em agosto de 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Quadro geral (junho e dezembro de 2009)**. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/execucoes-penais/vep/estatisticas>. Último acesso em agosto de 2016.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. Ação ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 do Sistema Carcerário**. 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Pedro%20Henrique/Documents/paginador.pdf>. Último acesso em outubro de 2016.

TAVARES, Juarez. Parecer jurídico. **A Situação Carcerária no Brasil**. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>. Último acesso em outubro de 2016.

-----  
[1] <http://s.conjur.com.br/dl/adpf-aditamento-psol.pdf>.

[2] É verdade que a maior parte do debate atual gira em torno da eficiência do sistema prisional. Pouco se discute sobre a justificativa do uso abrangente da prisão como resposta à prática do delito. Como lembrou Juarez Tavares em aula magna proferida na UERJ há cerca de dois anos, o confronto entre a defesa da pessoa humana, por um lado, e os interesses punitivos, de outro, costuma situar-se como uma questão de superestrutura mal resolvida. É que prevalece entre os juristas a visão de que o problema do sistema punitivo pode ser resolvido com mudanças legislativas pontuais ou com a melhoria das condições dos presídios. Registro que não compartilho desse

ponto de vista. Penso que devemos paulatina e progressivamente abandonar a pena de prisão, cuja ineficiência para atingir qualquer tipo de reeducação do criminoso não passa de um mito muitas vezes desmentido pelo estado atual da ciência criminológica. Serve mais ao embrutecimento e à corrupção dos seus clientes do que à realização de perspectivas emancipatórias dos indivíduos. Há muitos passos nessa conquista: a redução de danos ou justiça restaurativa, a ampliação dos casos de descriminalização, a eliminação da prisão por dívida, a substituição obrigatória da pena por medidas alternativas, a contenção da prisão preventiva, a restrição cada vez maior dos procedimentos acusatórios e também da judicialização coativa dos conflitos.

[3] CNJ, 2016, p. 72 e ss.

[4] Alerta aos punitivistas de boa-fé: não se reduz a criminalidade com mais prisão – Por Tiago Joffily e Airton Gomes Braga. Disponível em:

<http://emporiododireito.com.br/alerta-aos-punitivistas-de-boa-fe-nao-se-reduz/>.

[5] LAPPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Causes of prison overcrowding. UNITED NATIONS ASIA AND FAR EAST INSTITUTE, *Report of the workshop Strategies and best practices against overcrowding in correctional facilities*. p.43-64. 2011. Disponível em: [www.unafei.or.jp/english/pdf/Congress\\_2010/12Tapio\\_Lappi-Seppala.pdf](http://www.unafei.or.jp/english/pdf/Congress_2010/12Tapio_Lappi-Seppala.pdf). A referência ao trabalho também foi encontrada no excelente artigo de Tiago Joffily e Airton Gomes Braga acima citado.

[6] <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81755-encarceramento-nao-reduz-criminalidade-diz-diretor-geral-do-depen>.

[7] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009.

[8] IPEA, MJ, 2014 p. 8: É importante registrar que, já nessa época, a liberdade não era obstáculo à conclusão dos processos criminais, tendo em vista que se mantinha alto o percentual de sentenças de mérito proferidas em casos em que os réus responderam o processo em liberdade (72,45), quando comparado ao percentual de sentenças de mérito nos casos em

que os réus cumpriram prisão provisória (92,8%). Cf. *Ibidem*, p. 9.

[9] CNJ, 2014, *passim*. Esses dados não levam em consideração a quantidade de presos cumprindo prisão domiciliar.

[10] CNMP, 2016, p. 19.

[11] CNJ, 2014, *passim*.

[12] BAIRD; FERNANDES; POLLACHI, 2016.

[13] Neste sentido, tem razão CARVALHO (2010, p. 47) ao sugerir que as medidas alternativas à prisão preventiva acabam não produzindo o resultado de reduzir o número de presos, sendo utilizadas como argumento retórico para a legitimação do encarceramento provisório: *“Assim, fundamental perceber que as medidas descarceradoras devem ser vistas como importantes mecanismos de desinstitucionalização, sendo sua aplicação inegavelmente mais vantajosa do que qualquer forma de aprisionamento. O problema que se coloca na investigação, porém, é o de até que ponto os substitutivos penais efetivamente diminuem o impacto do cárcere sobre os grupos vulneráveis/criminalizados, ou seja, se as alternativas são efetivamente incorporadas pelos sistemas político-legislativo, jurídico e executivo como alternativas à prisão (e também ao processo penal) ou se constituem aditivo de ampliação do controle social punitivo retroalimentador da prisão.”*

[14] PSOL, 2015, p. 59-61.

[15] *Ibidem*, p 69.

[16] Assim, rememora LOPES JÚNIOR (2013, p.146): *“As medidas cautelares diversas da prisão devem priorizar o caráter substitutivo, ou seja, como alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado. Não sem razão, o PL n. 428/2001 foi ressuscitado com a assumida finalidade de amenizar o caos do sistema prisional brasileiro, que, superando os 500 mil presos, tem quase 50% de presos cautelares, ou seja, aproximadamente 200 mil prisões preventivas”*.

[17] STF, HC 106446, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 20/9/2011; STF, HC 114098 Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 12/12/2012.

[18] STJ, HC 243.357/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior,

Sexta Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 28/09/2012.

[19] Nesse sentido, no âmbito do STJ, destacam-se, a título de exemplo, os seguintes precedentes: STJ, RHC 71.681/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016; STJ, RHC 72.117/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016; STJ, EDcl no RHC 63.174/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016. Na mesma linha, o STF: STF, HC 132213 AgR, Relator Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 26/04/2016, DJe de 30-05-2016; STF, HC 129463, Relator Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 29/09/2015, DJe de 01-12-2015.

[20] A propósito, colha-se a lição de BARROSO (2001, p. 71):  
*“Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.”*

[21] BARCELLOS, 2015, p. 38.

[22] Ibidem, p. 38-39.

[23] PSOL, 2015, p. 69.

[24] Como já foi dito, é emblemática a manutenção das prisões preventivas nos seguintes casos: (i) nos crimes não violentos; (ii) nos casos em que a lei prevê a aplicação de fiança; (iii) para pessoas sem antecedentes criminais; e (iv) nas hipóteses de prisão de pequenos traficantes (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 16-17).

[25] CRUZ, 2009, p. 217.

[26] Súmula 438, Terceira Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010. Precedentes: HC 30.368/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 10/08/2004, DJ 13/12/2004, p. 460. HC 53.349/BA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 03/08/2006, DJ 04/09/2006, p. 302. HC 69.859/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 292. HC 85.137/PE, Rel.

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 11/12/2007, DJ 07/02/2008, p. 1. HC 102.292/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 02/09/2008, DJe 22/09/2008.

[27] RE 602527 QO-RG, Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 19/11/2009, Repercussão Geral – Mérito.

[28] TAVARES, 2015.

---

**Ademar Borges** - Advogado sócio do escritório Tórtima, Tavares e Borges. Procurador do Município de Belo Horizonte. Mestre em Direito Constitucional pela UFF. Doutorando em Direito Público pela UERJ. Colaborador da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ. Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC. Membro do Instituto de Diálogos Constitucionais – IDCon.



Márcio Falcão e Livia Scocuglia  
**STF libera candidatura de Maia à presidência da Câmara**



Livia Scocuglia  
**STF: 13º e férias a prefeitos e vices constitucionais**



## COMENTÁRIOS

Você leu 04 de 05 artigos liberados este mês.  
**Tenha acesso ilimitado por apenas R\$ 20\***

