

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS PRISÕES PREVENTIVAS DECRETADAS NO ÂMBITO DA CENTRAL DE INQUÉRITOS DE TERESINA-PI

ÉLLEN ALANA DA SILVA VELOSO: bacharelanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA

FRANCISCO MARCOS ALMEIDA DA SILVA¹

(coautor)

PROF. ME. JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL²

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de analisar a (in)constitucionalidade da utilização da prisão preventiva como forma de execução antecipada da pena no âmbito da Central de Inquéritos de Teresina-PI, apontando os erros cometidos nas decisões de conversão de flagrante delito em prisão preventiva. Tal análise se torna importante, uma vez que ainda nos tempos atuais é possível perceber as falhas na aplicação da prisão preventiva nas decisões judiciais brasileiras, revelando dia após dia o caráter inquisitorial que possui, na prática, o nosso processo penal, disvirtuando-se sempre da real finalidade da cautelar, que é utilizada de forma inconstitucional deixando de ser instrumento do processo penal e passando a ser instrumento de segurança pública. Para isso, será feita análise da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, da inconstitucionalidade e finalidade da conversão utilizando dados de relatórios de audiências de custódia e informações presentes nos autos de flagrante delito dos processos penais.

Palavras-chave: execução antecipada, flagrante delito, inconstitucionalidade, relatórios.

ABSTRACT: This article aims to analyze the use of preventive detention as a form of early execution of the sentence within the Central of Inquiries of Teresina-PI, pointing out the errors made in the decisions to convert flagrante delicto into preventive detention. Such an analysis becomes important, since even today it is possible to perceive the failures in the application of preventive detention in Brazilian court decisions, revealing day after day the inquisitorial character that our criminal process has in practice, always distorting of the real purpose of the injunction, which is used in an unconstitutional manner, ceasing to be an instrument of criminal proceedings and becoming an instrument of public security. For this, an analysis will be made of the conversion of the prison in flagrante delicto in preventive detention, the unconstitutionality and purpose of the conversion using data from reports of custody hearings and information present in the records of flagrante delicto in criminal proceedings.

Keywords: early execution, flagrant offense, unconstitutionality, reports.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Instrumentalidade Constitucional do Processo; 2. Conceito Geral; 2.1 Prisão em Flagrante Delito; 2.2 Prisão Preventiva; 3. (In)constitucionalidade da Prisão Preventiva Fundamentada na Garantia da Ordem Pública; 4. Análise de Dados; 4.1 Da

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA..

² Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2012).

Fundamentação das Decisões; 5. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, pautado no princípio da liberdade e da presunção de inocência e imbuído de um viés democrático, temos previstas as prisões cautelares. Inseridas no âmbito das medidas cautelares pessoais, as prisões cautelares são modalidades de prisão, decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória que visam assegurar a eficácia da investigação ou do processo, garantindo a sua instrumentalidade. São prisões acautelatórias que não podem ser aplicadas como forma de pena antecipada.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer afastado desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

O artigo 319 do Código de Processo Penal (1941) define, em um rol taxativo, as medidas cautelares alternativas à prisão, sendo essas cautelares a preferência a priori, devendo ser decretada uma prisão cautelar somente em último caso, quando não mais existir meio diverso para se suprir a necessidade que se fizer presente de acordo com o caso fático. Portanto, se com uma medida cautelar prevista no art. 319 puder ser resolvida a situação e assegurada a eficácia e instrumentalidade do processo, esta deverá ser utilizada.

Se faz importante ressaltar que o intuito das prisões cautelares é assegurar a instrumentalidade do processo, visto que o fator culpabilidade ainda não se encontra maduro

para ser decretado ou imputado ao agente suspeito, uma vez que o devido processo legal não findou o seu trâmite. Entretanto, o que se vê acontecer é um processo penal de caráter inquisitorial, onde as cautelares deixam de ser um instrumento que garante a melhor eficácia e segurança do processo e passa a ter o efeito de antecipação da pena para aquele indiciado como réu em um processo.

O sistema jurídico pátrio tem bases democráticas, prevalecendo o princípio da liberdade e da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. Portanto, é inconciliável que existam punições sem processo e sem defesa prévia.

Atualmente, vê-se a aplicação da prisão preventiva, por juízes e tribunais, como forma de antecipação da pena privativa de liberdade. É decretada de forma abusiva baseada em fundamentação equivocada, ou até mesmo na falta de fundamentação. Cabe ressaltar que, baseada nos princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico, e com ênfase no princípio da liberdade, a liberdade do indivíduo se perfaz como um direito, um bem essencial e necessário para o desenvolvimento humano, sendo assim a regra, enquanto a prisão a exceção.

Entretanto, o que mais ocorre são decisões tomadas à mercê da livre vontade do magistrado, sem um escopo probatório que assegure tal decisão e conceda a ela o mínimo de legalidade e respeito aos direitos do réu e princípios que regem o nosso ordenamento jurídico. Por outras vezes são tomadas apenas com base na gravidade abstrata do crime. São nesses momentos em que a utilização do instituto em questão deixa de ter o caráter instrumental de garantir a eficiência do processo penal e o assegurar, e passa a ter o efeito de antecipação da pena, para um indivíduo que sequer foi julgado.

O presente estudo levantou a seguinte questão norteadora: Quais são os argumentos e fundamentações utilizadas para decretação da prisão preventiva no âmbito da Central de Inquéritos de Teresina-Piauí?

Desta forma, o presente artigo busca analisar os argumentos e a fundamentação das decisões que converteram o flagrante delito em prisão preventiva no Estado do Piauí, norteando-se em pesquisas bibliográficas e doutrinárias e principalmente na análise de dados das decisões tomadas pelo Tribunal de Justiça do Piauí-TJPI, em especial no âmbito da Central de Inqueritos de Teresina-PI e demais dados fáticos e estatísticos sobre o tema, consistindo o seu objetivo em evidenciar a fundamentação equivocada e vaga de tais decisões que acaba por direcionar o uso da prisão preventiva como pena antecipada, servindo como mero instrumento de segurança pública.

1 A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Nosso ordenamento jurídico trata o processo como um instrumento de meio e fim para proteção e garantia dos direitos individuais, sendo um meio que apenas se legitima em função dos fins a que se destina.

Entender o fundamento de existência do processo penal nos faz necessariamente adentrar em sua interpretação constitucional, o que nos leva a *instrumentalidade constitucional do processo penal*.

Nessa esfera, a forma processual se torna indispensável para a garantia da proteção aos direitos do indivíduo, vez que estão diretamente ligados ao seu direito de liberdade, impedindo a discricionariedade do uso trivializado do poder de punir do Estado, se tornando “limite de

poder e garantia para o réu” (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 703).

O processo não é apenas um instrumento a serviço da satisfação de uma pretensão punitiva, mas também um meio de efetivação das garantias individuais da pessoa que se vê (as vezes de forma injusta) submetida a uma acusação penal.

Dito isto, percebe-se que a constituição se torna norte para o devido processo, devendo ser o fundamento emanador da legitimidade das atividades desenvolvidas.

É desse entendimento que parte a submissão do ordenamento jurídico aos princípios da liberdade e da presunção de inocência.

E ao falar da presunção de inocência, passamos pela regra de tratamento, que prevê que ninguém deve ser considerado culpado antes da sentença penal condenatória, impedindo o Poder Público de tratar aquele que foi acusado, como se já estivesse condenado, é a garantia de que a presunção de inocência do indivíduo será respeitada.

A pretensão punitiva deveria estar condicionada a observância de tais princípios, pois deixar a livre mercê do julgador o poder punitivo sem que se observe os preceitos constitucionais do acusado, é indiretamente buscar atender apenas aos anseios sociais de justiça e a genérica segurança pública, onde inicia-se a banalização.

Para além disso, deve ser observado o princípio constitucional da motivação, previsto no artigo 93 da Constituição Federal (1988)³, que obriga o juiz a expor e fundamentar suas decisões pautado em fatos concretos e reais, de forma a demonstrar a real verdade dos fatos. Tal princípio viabiliza a segurança jurídica e garante a efetividade da instrumentalidade processual. Nessa mesma linha vale mencionar, a respeito do tema do presente artigo, o disposto na Lei Nº 13.964 (2019), o Pacote Anticrime, que prevê o dever de motivação e fundamentação da decisão que decretar a prisão preventiva.⁴

Sendo o processo penal um meio para efetivação das garantias fundamentais, não é interessante observá-lo apenas como meio para assegurar a paz social, fazendo uso de argumentos sem fundamentação e motivação legal, que não sejam suficientes para respaldar as decisões, pois dessa forma estaríamos condicionando-o apenas a um instrumento de uma pretensão acusatória, retirando os freios da atuação punitiva do Estado frente ao indivíduo acusado, que é a parte mais frágil do processo. É nesse ponto que percebe-se uma dupla finalidade processual, agindo como punição para os acusados e tutela dos inocentes (FERRAIOLLI, 2010).

Destarte, é necessário que o processo seja visto através do véu constitucional, para garantir o máximo respeito a sua instrumentalidade e efetivação dos direitos e garantias individuais. Parafraseando LOPES JUNIOR (2019, p. 34), “somente a partir da consciência de que a constituição deve efetivamente constituir é que se pode compreender que o fundamento

³ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁴ LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

legitimante da existencia do processo penal demorático se dá por meio da sua instrumentalidade constitucional”.

Somente com a observancia dessa finalidade instrumental é possível perceber a aproximação do verdadeiro estado democrático de direito, afastando o caráter inquisitorial que tanto insiste em permanecer arraigado no nosso Processo Penal Brasileiro.

2 CONCEITO GERAL

Em nosso ordenamento jurídico, no que tange a matéria de direito penal e direito processual penal, temos as medidas cautelares alternativas a prisão, que estão previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (BRASIL, 1941) e a prisão cautelar, podendo esta ser preventiva ou temporária.

As prisões cautelares são medidas cautelares, de caráter pessoal uma vez que recaem sobre a pessoa do acusado. “As medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo, para tutela da prova ou para garantir a presença da parte passiva” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 600).

A prisão cautelar é aquela que visa garantir, preservar a eficácia do processo penal. É uma medida de natureza instrumental, que deve ser utilizada como um verdadeiro instrumento a favor do processo penal, livre de arbitrariedades.

É relevante ressaltar e enfatizar o caráter instrumental das prisões cautelares. Decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal, elas visam garantir eficácia ao processo e “prevenir” possível direito de punir estatal que pode surgir com o fim do processo.

Portanto, uma vez que o devido processo legal encontra-se em trâmite e não houve ainda sentença penal condenatória (essa sim perfaz a pretensão punitiva do Estado) vê-se que as prisões cautelares não estão imbuídas de “culpabilidade”.

Leciona Lima que:

Em um estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Todavia, entre o momento da prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Daí o caráter imperioso da adoção de medidas cautelares, a fim de se atenuar o risco. (LIMA, 2011, p. 78).

As prisões cautelares são medidas excepcionais que somente devem ser utilizadas em caráter de urgência, quando não houver medida cautelar alternativa capaz de sanar necessidade que se fizer presente. É uma resposta imediata, eficaz para uma situação de periculosidade real, que objetiva assegurar a prestação jurisdicional e a sua eficácia.

As prisões cautelares não são um instrumento de segurança pública, nem tampouco podem ser utilizadas como um meio de atender os anseios da população, sociedade e mídia que clama por segurança e justiça. Quando utilizada com esta finalidade acaba que se desvirtuando da sua natureza instrumental (LIMA, 2011).

O objeto e a finalidade da prisão cautelar é assegurar a cautelaridade e servir ao processo de conhecimento. Torna-se ilegítima e inconstitucional quando se afasta do seu objeto e

finalidade, o que comumente vemos com a busca da “verdade real” para a qual utilizam errônea e inconstitucionalmente o processo penal (LOPES JÚNIOR, 2016).

Vemos que ao longo do tempo, a herança deixada pelo sistema processual inquisitorial em nossos operadores do direito fez com que ocorresse uma banalização e um desvio de finalidade no uso das medidas cautelares, em especial nas prisões cautelares. Não obstante, vemos cotidianamente que para a aplicação exacerbada e sem limites de tais institutos são violados direitos e princípios básicos garantidos pela nossa Constituição Federal.

A prisão cautelar é gênero, que se divide em duas espécies quais sejam: a prisão preventiva e a temporária. Trataremos a prisão em flagrante delito como de natureza pré-cautelar.

2.1 Prisão em Flagrante Delito

Segundo o códex processual penal, esta é uma espécie de prisão que pode ser realizada por qualquer pessoa quando alguém for encontrado em flagrante delito. Sobre o a prisão cautelar, LOPES JÚNIOR 2019, p. 720) entende que:

[...] é medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz (na audiência de custódia) analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não. (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 720).

O doutrinador Renato Brasileiro de Lima (LIMA) conceitua a prisão em flagrante delito como:

A expressão “flagrante” deriva do latim “flagrare” (queimar), e “flagrans”, “flagrantis” (ardente, brilhante, resplandecente), que no léxico, significa acalorado, evidente, notório, visível, manifesto. Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da sociedade. (LIMA, 2011, p. 177).

Vemos que a prisão em flagrante delito funciona como um verdadeiro instrumento de autodefesa da sociedade para aquilo que é iminente no momento, o flagrante, que está acontecendo, não necessitando de prévia ordem judicial podendo ser realizada por qualquer pessoa.

O art. 302 do CPP (BRASIL, 1941) prevê que o estado de flagrante delito está caracterizado quando o indivíduo está cometendo ou acaba de cometer o crime e quando é perseguido em situação que presuma sua autoria ou encontrado com os instrumentos do crime.

Podemos considerar a prisão em flagrante delito como uma forma de privação da liberdade, não em caráter temporário, mas momentâneo, em razão do indivíduo ter se emoldado nas hipóteses elencadas no artigo supracitado. Essa privação momentânea do direito de ir e vir busca evitar a consumação do crime ou o seu exaurimento, bem como evitar possível fuga do agente e garantir que sejam obtidos dados, provas e quaisquer elementos que possam esclarecer a situação ocorrida.

Em relação a natureza jurídica, a prisão em flagrante passou a deter o caráter de mera

detenção cautelar provisória pelo prazo de vinte e quatro horas, até que o juiz decida se o indiciado deve ou não responder preso à persecução penal (CAPEZ, 2014).

Portanto, atribuímos à prisão em flagrante delito, diferentemente da prisão preventiva e da prisão temporária, o caráter de prisão pré-cautelar, uma vez que é sim uma prisão processual penal, mas não uma cautelar, porque a Lei 12.403/11 estabeleceu que após realizado o auto da prisão em flagrante (APF) este deve ser mandado para o juiz que vai analisar se indivíduo flagrado necessita ficar preso ou não, ou seja, convertendo o flagrante em preventiva ou não caso se mostre ineficaz o uso das medidas cautelares alternativas a prisão.

O magistrado pode ainda relaxar a prisão, caso ela seja ilegal ou conceder liberdade provisória com ou sem fiança. Para ser cautelar é imprescindível que haja ordem do juiz, ato jurisdicional, enquanto a prisão em flagrante é ato administrativo, do delegado por exemplo, que coloca o agente em disponibilidade para que o juiz decida perante as circunstâncias e provas apresentadas.

É uma medida destinada a colocar o preso em flagrante a disposição das autoridades e juiz, que decidira o que será feito a partir do caso em questão. É uma prisão que não tutela o processo ou seu resultado final, como é o caso da prisão preventiva e a temporária, sendo assim uma prisão de natureza pré-cautelar (GOMES, 2011).

2.2 Prisão preventiva

Com a vigência da Lei nº 13.964/19 (BRASIL, 2019) foi alterado o Código Penal, e o seu processo, bem como houve mudanças no que tange as medidas cautelares, e, em especial, no que se refere à prisão preventiva. A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar que atende o princípio da reserva de jurisdição, portanto, somente pode ser decretada por juízes ou tribunais em qualquer fase da investigação policial ou durante o curso da ação penal, na fase processual.

A prisão preventiva é um dos gêneros “prisão cautelar”, que pode ser decretada a fim de garantir a ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Leciona Fernando Capez (2014) ao conceituar o instituto da prisão preventiva que:

É uma prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores. (CAPEZ, 2014, p. 335).

O legislador pátrio estabeleceu pressupostos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva, que estão previstos no artigo 312 do CPP (BRASIL, 1941).⁵

Para que seja decretada a prisão preventiva, é preciso cumprir três requisitos, quais sejam, o *fumus comissi delicti*, ou seja, ser demonstrada a materialidade do crime, que ele realmente ocorreu bem como indícios plausíveis de autoria), bem como demonstrar o perigo na liberdade do agente (*periculum libertatis*) e o cabimento, que são as hipóteses previstas no rol

⁵ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

taxativo do art. 313 do CPP (BRASIL,1941).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Se o crime em questão não estiver previsto neste rol, e não obedecer as finalidades previstas, não há que se falar em prisão preventiva.

Para que haja a decretação, a adequação dos fatos às hipóteses previstas em lei para este instituto deve ser bem elaborada, não bastando mera reprodução do texto da lei. Não se admite aqui argumentos genéricos, o que reforça como é complexa a demonstração de que a prisão preventiva é necessária, adequada e proporcional. Tal “rito” reforça o entendimento de que é uma medida excepcional, que deve ser utilizada somente como um recurso final, quando realmente não houver medida alternativa cabível.

É importante ressaltar que não é mero indício de autoria do crime, devem ser fortes indícios, o suficiente para que seja levantada uma hipótese plausível sobre o investigado. No tocante ao perigo gerado pela liberdade do investigado, este perigo deve ser concreto e atual, é aplicado nesse caso o princípio da atualidade ou contemporaneidade.

A concretude dos fatos deve justificar a medida utilizada, bem como a sua atualidade. Portanto, os elementos, fatores que justificam essa prisão devem ser revisados, de forma que a partir do momento em que haja uma mudança, que aqueles elementos que justificaram a decretação não tenham mais a mesma força, o mesmo condão que tinham no momento da decretação, deve, portanto, ser realizado o relaxamento da prisão.

Deve ainda se levar em conta princípios como princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade ao cogitar uma possível decretação de prisão preventiva. O princípio da proporcionalidade acaba exercendo um papel de “protetor”, tentando fazer com que os excessos da atividade estatal em punir não ocorram, assegurando assim a dignidade da pessoa humana (ponto crítico nas discussões sobre as prisões cautelares) bem como o Estado Democrático de Direito.

Cabe ressaltar que com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 (BRASIL, 2019) ocorreram mudanças significativas no campo da prisão preventiva. Como uma das mudanças mais importantes temos a positivação em lei da impossibilidade de existir a prisão preventiva por decisão de ofício, passando o magistrado a depender de iniciativa das partes ou de representação da autoridade policial.

Tal previsão deveria existir há muito tempo, entretanto, restam fortes heranças inquisitoriais em nosso Código Penal, Código de Processo Penal e em nossos magistrados. A prisão preventiva se faz ainda como uma das cautelares que mais agride ilegal e

indevidamente o princípio da liberdade e da presunção de inocência dos cidadãos indiciados.

A possibilidade de decretação de ofício pelo juiz acabava comprometendo totalmente a imparcialidade do julgador no processo. O juiz saía de sua posição de absoluta imparcialidade e acaba adentrando na esfera que não lhe é devida, a acusatória, comprometendo assim a eficácia bem como a legalidade do processo (LOPES JÚNIOR, 2011).

A prisão preventiva dentre as demais cautelares pessoais acaba se tornando uma medida maldosa, eivada de inconstitucionalidade, uma vez que tem a força de retirar o direito de ir e vir do investigado ou processado, ainda que a ele seja conferida constitucionalmente a presunção de inocência (OLIVEIRA; COSTA, 2013).

3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A princípio, destaca-se que a prisão preventiva para o direito processual penal brasileiro tem finalidade apenas cautelar, não podendo servir como forma de execução antecipada da pena.

Como já foi mencionado anteriormente, a prisão preventiva deve seguir alguns pressupostos para que sua decretação seja legal, sendo eles o *fumus comissi delicti*, o *periculum libertatis* e o cabimento.

Para além disso, a prisão preventiva deve sempre andar de mãos dadas com o princípio da presunção de inocência, que será norteador da correta aplicação da cautelar. Como bem entende LOPES JUNIOR⁶ a presunção de inocência deve ser uma “pré-ocupação” do julgador no momento em que adentra no processo.

Ocorre que a coexistência desta cautelar com tal princípio possui problemáticas, vez que, contidamente, o que se percebe no judiciário brasileiro é uma maior utilização da garantia da ordem pública como fundamento de decretação da preventiva em detrimento da presunção de inocência.

A definição de “ordem pública” ainda é vaga no mundo jurídico, o que acaba por permitir uma ampla interpretação por parte dos julgadores no momento da decretação da prisão. Essa brecha na interpretação causa, por muitas vezes, uma aplicação vazia de escopo probatório e desvinculada de qualquer legalidade.

Como bem descreve LOPES JÚNIOR (2019) ao tratar sobre o tema, a ordem pública é repleta de vagueza, por isso se torna fundamento tão utilizado nas decisões.

[...] por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia

⁶ LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 117.

e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor. (LOPES JUNIOR, 2019, p. 763).

A falta de conceito e definição permite que o judiciário se utilize da discricionariedade na decretação da cautelar em questão e use da prisão preventiva como forma de atender um anseio social de justiça e prevenção, desvirtuando-se do verdadeiro cerne da medida.

É comum ver as decisões dos magistrados sendo fundamentadas apenas na gravidade abstrata do crime, no receio da reincidência criminal, na segurança social ou até mesmo na idéia banal de que se não for decretada a segregação, a administração judiciária perderia sua credibilidade. O que pretende-se é punir para preservar o caráter punitivo do Estado. Isso significa colocar o acusado, antes mesmo da sentença penal condenatória, em posição de condenado.

É uma banalização muito grave de uma medida que deve(ria) ser considerada apenas uma acauteladora, com fins específicos de eficácia processual, mas transformou-se em um verdadeiro instrumento de antecipação da segregação. Nas palavras de Delmanto Junior⁷, fica claro que nesse viés “a prisão preventiva se distânciava do seu caráter instrumental[...] servindo de inaceitável instrumento da justiça sumária”.

LOPES JÚNIOR (2019, p. 714) bem afirma que “no Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida”.

A prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública nada mais é do que uma verdadeira antecipação da pena, que não observa os direitos do acusado, e o condiciona a enfrentar uma realidade punitiva que pode lhe causar um mal irreparável. Não se observa o devido processo legal.

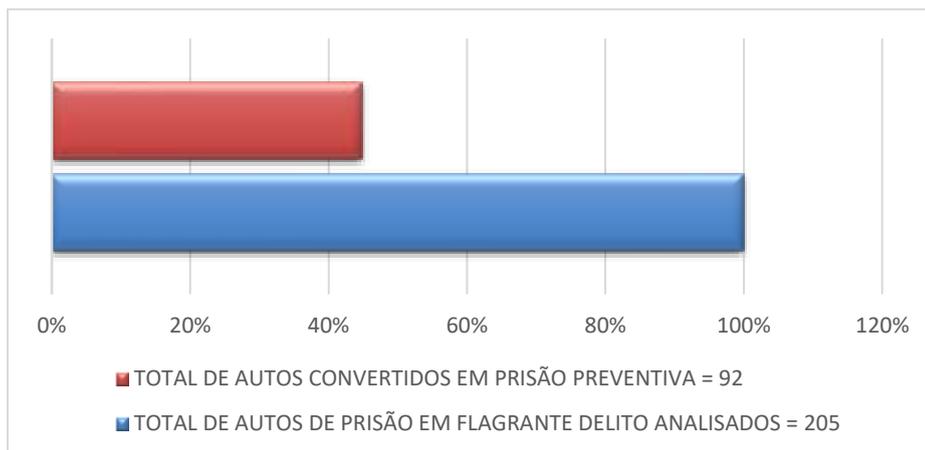
Faz-se necessário maior observância aos pressupostos legais. As decisões dos magistrados devem sempre estar calcadas em um escopo probatório real e não em meras ilações ou suposições de perigo. É indispensável, para decretação da preventiva, verdadeira probabilidade do *fumus comissi delicti e do periculum libertatis*, fundados em argumentos fáticos e probatórios.

4 ANÁLISE DE DADOS

Foram analisadas 205 decisões de conversão do flagrante delito de processos do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (TJ-PI), fornecidos pela Central de Inquéritos de Teresina- PI, consultados nos sistemas Themis Web e Processo Judicial Eletrônico - PJe, em um recorte temporal de outubro de 2020 a janeiro de 2021, onde 44.87% dos processos analisados foram convertidos em prisão preventiva.

Figura 1 – Processos analisados.

⁷ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 183.



Fonte: (TJ-PI, Central de Inqueritos de Teresina-PI).

O crime de roubo corresponde a 45.65% dos flagrantes convertidos, sendo 28.57% em concurso de crime com tráfico de drogas, corrupção de menores e formação e quadrilha. Dos crimes de roubo cometidos, a maioria foi cometida com uso de arma de fogo ou arma branca e em concurso de agentes, sendo em grande parte agentes reincidentes, com extensa ficha criminal.

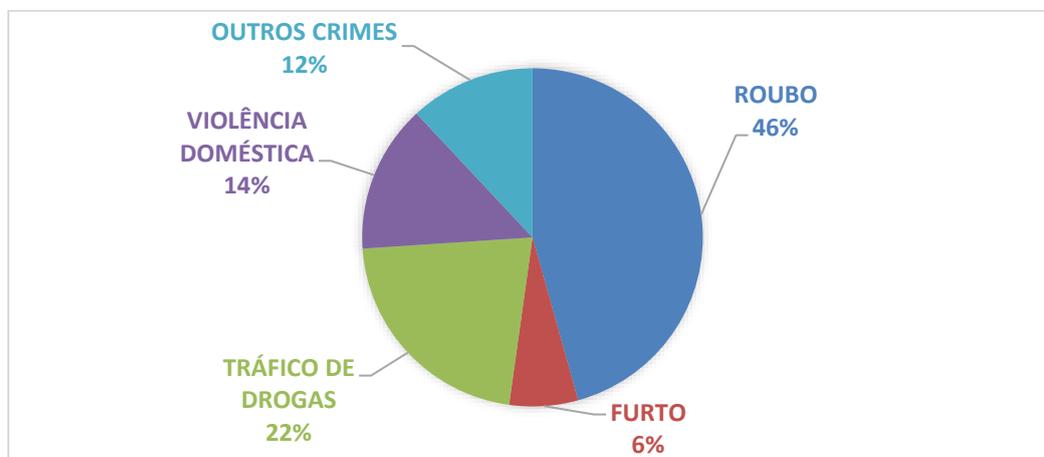
O crime de tráfico de drogas corresponde a 21.73% dos flagrantes convertidos, sendo 35% em concurso de crime com associação criminosa, roubo e receptação.

O crime de violência doméstica corresponde a 14.13% dos flagrantes convertidos, em sua maioria cometidos em concurso com outros crimes como ameaça e injúria.

O crime de furto corresponde a 6.52% dos flagrantes convertidos, sendo a maioria furto qualificado cometido em concurso de agentes, que eram reincidentes e com processos em trâmite.

Os demais processos correspondem a um crime de tentativa de homicídio, um crime de maus tratos aos animais, crimes de lesão corporal, receptação, estelionato e falsa identidade.

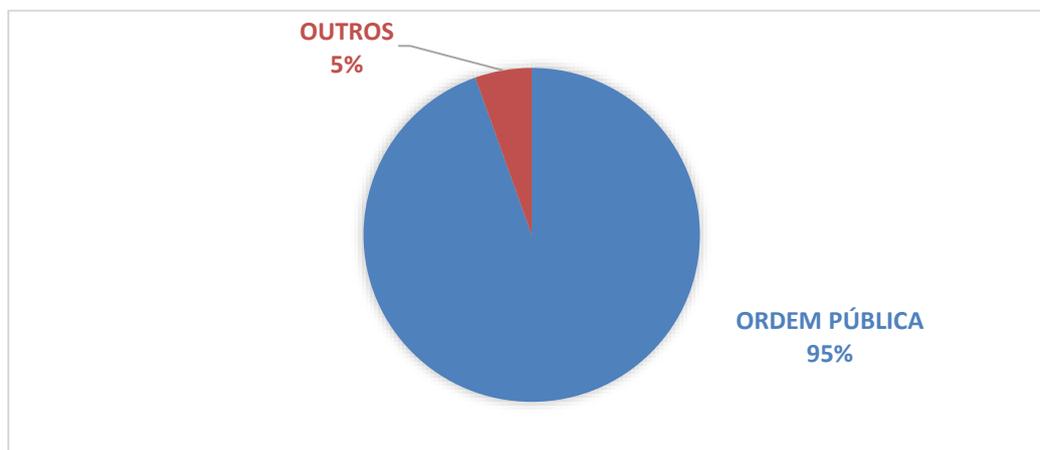
Figura 2 – Flagrantes convertidos em prisão preventiva.



Fonte: (TJ-PI, Central de Inqueritos de Teresina-PI).

Do total de flagrantes convertidos em preventiva, 94,56% têm como fundamento a ordem pública. Desse total de conversões com fundamento na ordem pública, 62,06% têm como fundamento a ordem pública e a periculosidade. Somente 4 processos não tem como base a ordem pública em sua fundamentação.

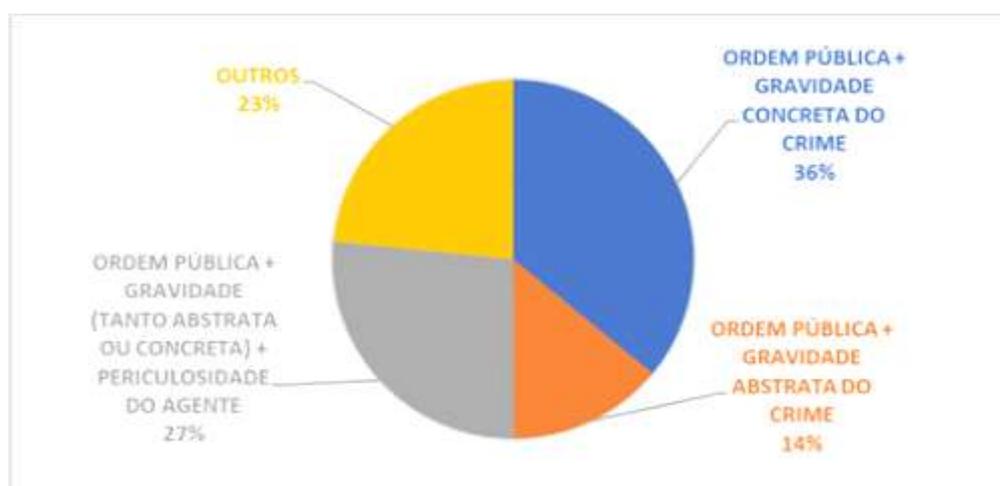
Figura 3 – Fundamentação das conversões em prisão preventiva.



Fonte: (TJ-PI, Central de Inqueritos de Teresina-PI).

35,63% do total de flagrantes convertidos em preventiva tem como base a ordem pública e a gravidade concreta do delito e 13,79% com base na ordem pública e na gravidade abstrata do crime. 26,43% dos flagrantes convertidos foram com base na ordem pública, periculosidade e gravidade, tanto a concreta quanto a abstrata do crime em questão.

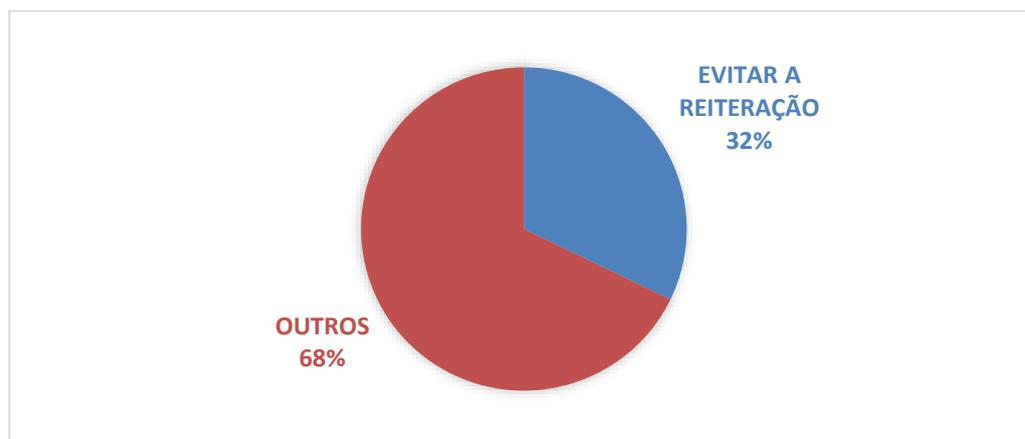
Figura 4 – Fundamentação na ordem pública, periculosidade e na gravidade do crime.



Fonte: (TJ-PI, Central de Inqueritos de Teresina-PI).

É importante ressaltar que do total de autos de prisão em flagrantes convertidos em prisão preventiva, 32,18% têm com fundamento evitar a reiteração delituosa, além de outros fundamentos como periculosidade e o descredito da justiça, que representam 67,82%.

Figura 5 – Conversões com fundamento em evitar a reiteração da prática delitiva.



Fonte: (TJ-PI, Central de Inqueritos de Teresina-PI).

4.1 Da fundamentação das decisões

O artigo 315 da Lei 13.964, o pacote anticrime, traz expressamente que “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada”.

A pergunta que impera é: A motivação e a fundamentação previstas no pacote anticrimes estão sendo respeitadas? Vamos responder essa pergunta com base nos dados apresentados.

Do estudo das decisões e com base nos dados expostos, percebe-se que a maioria das decisões são fundamentadas na ordem pública, representando mais de 90% daquelas que converteram os autos de prisão flagrante delito em prisão preventiva, e ainda na segurança da aplicação da lei penal. Esses são de fato argumentos válidos para decretação da prisão preventiva, mas quando aplicados de forma genérica e abstrata, apenas reproduzindo o texto legal, tornam-se termos vagos, sem fundamentação, citados em um dispositivo que não apresenta nenhum embasamento para sua utilização. E quando fundamentados, utilizam-se do aneio social de justiça como norte da conversão.

É espantoso observar que em algumas decisões a possibilidade de que a não conversão do flagrante em preventiva venha a causar DESCRÉDITO à justiça e sentimento de injustiça à sociedade, é utilizada como argumento para conversão em preventiva. É mais um dos conceitos atribuídos pelos julgadores ao termo “garantia da ordem pública”.

Em alguns dos processos analisados o argumento utilizado é de que a “liberdade do preso, diante das circunstâncias fáticas apontadas, implicaria em descrédito da justiça e disseminação do sentimento de impunidade”.

Argumento rechaçado pelo Supremos Tribunais, como o exemplo do HC 86.175⁸, onde a Segunda Turma, em conjunto com o voto do relator Ministro Eros Grau, firmou que "o Supremo Tribunal Federal vem decidindo no sentido de que esse fundamento [garantia da ordem pública] é inidôneo quando vinculado à invocação da credibilidade da justiça e da gravidade do crime". Tal argumento jamais deveria ser utilizado no momento em que analisa-

⁸ STF, HC 86.175/SP, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 19.09.2006, DJ 10.11.2006.

se a necessidade de cerceamento da liberdade do acusado.

Quando baseada em provas reais, na certeza da existência do crime, da autoria e gravidade concreta da prática delituosa, somados ao interesse de manter a ordem social se torna válida a conversão. Mas baseada em meras ilações, receios, abstratividade e riscos, não tem legalidade.

Vale mencionar ainda o uso do receio da reiteração criminosa, bastante utilizada nas decisões como fundamentação para a decretação da prisão preventiva, presumindo-se que solto o acusado voltaria a delinquir, tendo a prisão como melhor alternativa.

Em alguns processos os magistrados mencionam que “a prisão preventiva é aplicada em casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de **reiteração criminosa**”, e ainda mais, que “enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação do tráfico, no **intuito de impedir a reiteração delitiva**.”

O que se percebe é que quando a prisão cautelar é aplicada sob o fundamento de evitar ou reprimir a prática delitiva, ela se afasta da sua função de instrumento a serviço do processo penal e aproxima-se de um instrumento de segurança pública.

Ora, no mínimo é prematura a manutenção de um flagrante delito com base na possibilidade de reiteração, ou até mesmos na possível reincidência, e na evolução do crime. A prisão preventiva é uma medida cautelar voltada para eficácia do processo, e não um instrumento de repressão criminosa.

Para além das irregularidades apontadas, temos a utilização da periculosidade e da gravidade abstrata do crime. Grave erro. Não possuindo certeza da gravidade do crime cometido e dos meios utilizados para tanto, que venham realmente a evidenciar a periculosidade do agente, com base nos fatos apresentados e relatos colhidos, utilizando-se apenas de elementos inerentes ao tipo penal, não é possível basear a decisão em tal argumento.

Respondendo a pergunta feita inicialmente: Não, os requisitos previstos no pacote anticrimes não têm sido respeitados nas decisões de conversão de flagrante delito no âmbito da central de inqueritos de Teresina-PI. O que se vê na verdade é o total desrespeito aos direitos do acusado, ao dever de fundamentação e motivação. Ao final da análise, o que se percebe é a falta de filtro constitucional, a verdadeira inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada como antecipação de pena ao utilizar argumentos que claramente não são capazes de legitimar e legalizar a conversão. Os fundamentos utilizados não são em nada cautelares, e os que em tese deveriam ser cautelares, como a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução, são aplicados como mera réplica da lei, sem fundamentação válida. O véu constitucional mencionado no início do presente artigo, a rigor, não vem sendo utilizado como crivo para aplicação da cautelar.

5 CONCLUSÃO

Sabemos que o Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem o encarceramento como medida excepcional e que nosso ordenamento jurídico, no que se trata do cerceamento da liberdade, é pautado no princípio da presunção de inocência e direito a liberdade.

Todavia, em detrimento disso, o que percebemos com os dados apresentados no presente

artigo foi a inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada tendo por base argumentos generalizados, rechaçados, vagos em fundamentação, sem clareza e exposição de fatos probatórios que garantam a legalidade da decretação da medida, violando o princípio da legalidade e os direitos do acusado.

É evidente que a prisão preventiva é medida, em alguns casos, de extrema necessidade e possui caráter essencial. Ocorre que, é necessário e urgente que ela seja utilizada de forma correta, de maneira que não viole o direito, tornando-se inconstitucional e ilegal, respeitando os requisitos cautelares sem que sejam entendidos de forma equivocada de vagueza e imprecisão.

Mostrou-se necessária a utilização da ponderação, proporcionalidade e da excepcionalidade. Que seja a preventiva decretada quando se obtiver fundamentação fática, real, com escopo probatório, que se afaste das meras presunções, ilações e ideias irreais de risco, tendo em mente que estar-se-á segregando a liberdade de um indivíduo que, muitas vezes, não teria necessidade de ser segregada.

O julgador precisa estar pautado, no momento da decisão e em todo o processo, na legalidade, decretando a preventiva apenas quando estiver diante de fatos incontestáveis, afirmando sua competência e imparcialidade, demonstrando em sua fundamentação a real necessidade da conversão.

Fundamentar-se quase sempre em um termo tão vago como a ordem pública, levados pelo desejo de encarcerar e pelo anseio social de justiça, querendo garantir a credibilidade da justiça e afirmar o caráter punitivo do Estado na tentativa de afastar o sentimento de injustiça que a sociedade pode sentir, não é a forma correta para que seja decretada a prisão preventiva. É, como visto em algumas decisões analisadas, pecar pelo excesso.

Somente com a observância real dos requisitos trazidos pela legislação penal e constitucional brasileira é que será possível ver a prisão preventiva sendo utilizada de forma a garantir os direitos do acusado, observando os princípios legais norteadores da decretação da cautelar, tendo como preocupação sempre o crivo constitucional. É possível utilizar os termos apresentados em lei como fundamento da decretação, mas é necessário fazer isso pautado na necessidade, na motivação e argumentação plausível, concreta e legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 de maio de 2021.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código De Processo Penal de 1941.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 26 de maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em; <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 16 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **HC: 86175/SP**, Relator: Eros Grau, julgado em 19/09/2006. DJ 10-11-2006. Disponível em:<

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759584/habeas-corpus-hc-86175-sp>>. Acesso em 01 de junho de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: Doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011.

_____. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, E. P.; COSTA, D. B. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: A reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013.