

PRISÃO PREVENTIVA E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A (IN)EFICÁCIA DA LEI 12.403/2011¹

Gustavo Lelles DE MENEZES²

Paulo César Correa BORGES³

1 INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar, por meio da qual, no curso da investigação policial (fase de inquérito) ou mesmo no trâmite processual, o magistrado decreta a condução coercitiva do acusado ao cárcere, antes mesmo do trânsito em julgado de uma eventual decisão judicial condenatória.

Antes das modificações introduzidas pela Lei 12.403/11, o sistema processual penal dispunha de apenas duas opções no que se refere às medidas cautelares pessoais: prisão preventiva ou liberdade provisória. Tratava-se de uma pobre bipolaridade cautelar, de modo que a prisão

¹ Resumo apresentado no I Simpósio de Ciências Criminais (2019) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Professor bolsista de Direito Processual Penal da UNESP. Mestrando e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista- UNESP. Membro do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos – NETPDH. Advogado

³ Professor Assistente de Direito Penal do Departamento de Direito Público da- Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho- UNESP. Possui graduação (1990), mestrado (1998) e doutorado (2003) em Direito pela UNESP. Realizou Pós-doutoramento na Universidade de Sevilla - Espanha (2012). Coordenador do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos – NETPDH Promotor de Justiça do MPESP.

preventiva era praticamente o único remédio efetivo de que dispunha o juiz contra qualquer necessidade cautelar (MENDONÇA, 2011).

Vale dizer, antes da edição da nova lei, estava-se sob a égide de ferramentas legais que submetiam o acusado, na seara do sistema penal cautelar, ao “céu ou ao inferno”: preso cautelarmente em condições inexoravelmente desumanas ou livre do inferno que são as cadeias brasileiras (AMARAL; SILVEIRA, 2012).

Nada obstante, cumpre ressaltar que as expressões céu e inferno não são exageradas, pois basta uma análise superficial acerca do sistema penitenciário brasileiro, para que seja constatado que está permeado por características que remetem à época medieval.

A Lei n. 12403/2011, procedeu à modificação de 32 dispositivos do Diploma Processual Penal, determinou a inclusão de um novo artigo de lei (art. 289-A) e revogou alguns dispositivos.

Talvez, a mudança mais significativa seja vislumbrada na inserção de um rol contendo dez medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, previsto no artigo 319 do Código de Processo Penal.

A introdução das medidas cautelares alternativas, reservou à prisão preventiva aplicação subsidiária, somente nos casos imprescindíveis. É o que dispõe o artigo 282, §6, do CPP (também resultado das alterações trazidas pela Lei em comento), ao asseverar que a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por alguma das medidas cautelares, previstas no artigo 319, CPP. Vale dizer, a inadequação das outras medidas previstas no supradito artigo de lei é também um requisito para o decreto da prisão preventiva (BOTINI, 2011).

As mudanças promovidas pela supradita lei, buscaram não só uma adaptação da sistemática processual penal à nova ordem constitucional, como também uma possível solução à crise do sistema carcerário brasileiro, traduzida, dentre outros motivos, pelo número exacerbado de presos provisórios, tendo em vista que no ano da entrada em vigor da Lei, cerca de 34% da população carcerária era composta por presos provisórios (DEPEN, 2017).

A presente pesquisa visa analisar os efeitos da Lei n. 12403/2011 no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a analisar se os objetivos pretendidos pela *mens legis* foram alcançados, de modo a reduzir o superencarceramento, mais especificamente no que se refere à população carcerária de presos provisórios.

2 METODOLOGIA

Para atingir os objetivos pretendidos, lançamos mão ao método dialético, aliado à pesquisa bibliográfica. Nesse sentido, realizou-se uma revisão bibliográfica por meio da leitura e utilização de periódicos, doutrinas, livros e palestras acerca da temática da prisão preventiva e medidas cautelares alternativas. Ademais, para a verificação dos efeitos da Lei 12.403/2011 no ordenamento jurídico brasileiro lançamos mão à pesquisa intitulada Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizada pelo Departamento Penitenciário Nacional. O método dialético possibilitou averiguar as contradições existentes entre a excepcionalidade do uso da prisão preventiva prevista pela Lei e os índices de presos provisórios no Brasil.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

O Direito deve acompanhar as mudanças da realidade social, de maneira a promover soluções para os problemas que por ventura surjam em um determinado contexto.

Acertadamente, a Lei 12.403/2011 desponta no entorno de tal máxima, visando remodelar as estruturas repressivas, frente às necessidades postas no plano fenomênico.

Todavia, tais modificações não se viram livres de críticas por parte dos setores mais conservadores da sociedade. Ecoou no imaginário social a possibilidade de um desencarceramento em massa de assassinos cruéis e o enclausuramento da população.

A resistência em aceitar as inovações trazidas pela Lei tem seu epicentro, tanto no ranço inquisitorial que assola grande parte do judiciário brasileiro, como também na criação de uma sensação de perigo e insegurança constante, imposta pela sociedade de risco em que vivemos. Ao que parece, a referida lei das medidas cautelares, sofre, por assim dizer, uma “digestão jurídica”. Os setores que operam o sistema jurídico penal no Brasil ainda oferecem resistência à reforma parcial que fora operada no campo legislativo, gerando, conseqüentemente, severas implicações ao campo da política criminal e do próprio sistema carcerário brasileiro.

Tanto é assim que apesar dos esforços do legislador para mudar a realidade do encarceramento em massa, os dados obtidos através de pesquisas de monitoramento do sistema carcerário nacional, evidenciam

que a introdução de medidas cautelares alternativas à prisão, não produziram o efeito esperado, ou seja, a redução do número de decretos de prisões cautelares no Brasil.

Muito pelo contrário, o uso abusivo da prisão preventiva pelo judiciário brasileiro subsiste, de forma que é ela a principal medida cautelar aplicada, restando claro que as cautelares alternativas à prisão não foram incorporadas à prática do sistema de justiça criminal (BORGES, 2017).

O que agrava esse quadro, é que a prisão preventiva continua sendo aplicada a uma significativa parcela de acusados que ao fim do processo ou são condenados ao cumprimento de pena em regime aberto, ou à penas restritivas de direitos, ou ainda é determinada sua absolvição (BORGES, 2017).

Tais assertivas são corroboradas ao compararmos os índices de presos provisórios antes e depois da entrada em vigor da lei das medidas cautelares. Nessa esteira, é que no ano de 2010 (um ano antes da reforma legislativa), segundo dados do DEPEN (2017) o sistema penitenciário brasileiro contava com 496.251 encarcerados, dos quais, cerca de 164.638 eram presos provisórios. Tal quadro já revelava o referido abuso na utilização da preventiva como cautelar mais utilizada, porquanto se observar tais números é possível perceber que já àquela época mais de 33% da população carcerária foi enviada ao cárcere com vistas ao cumprimento de medida cautelar.

Ocorre que, no ano de 2016 (data da última pesquisa realizada pelo DEPEN), tanto a quantidade de encarcerados em números absolutos quanto a porcentagem de presos provisórios cresceram vertiginosamente. Nessa esteira, conforme dados apontados no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (DEPEN, 2017) o sistema carcerário brasileiro conta com 776.712 mil presos encarcerados, dos quais 292.450 são presos provisórios, representando 40% da população carcerária total.

Dentro desse preocupante contexto é que se insere o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, declarado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e elaborada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Trata-se de situação na qual há vulneração massiva de direitos fundamentais, decorrentes de atos comissivos e omissivos praticados por autoridades públicas. Nesse sentido, apenas transformações de índole estrutural no que

tange a atuação do Poder Público poderiam modificar a calamitosa situação instalada (CAMPOS, 2015).

4 CONCLUSÃO

Resta claro, portanto, que os objetivos da reforma legislativa não foram alcançados, de maneira que a proporção de prisões provisórias aumentou após o advento da lei 12.403/11.

As instituições componentes do sistema penal brasileiro, tem se perpetuado como um aparato repressivo predominantemente cautelar, a despeito das inovações originadas pela Lei 12.403/2011, que traduzem a ratificação da excepcionalidade das prisões cautelares. Isso denota o desvirtuamento de sua natureza, pois acabam por figurar como ferramentas de punição e manutenção da ordem pública e não como instrumentos de efetividade do processo penal.

Destarte, resta evidente que a nova sistemática das medidas cautelares pessoais, na prática, não reafirmou o caráter subsidiário e excepcional da prisão preventiva, de maneira a defini-la como *ultima ratio*.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. São Paulo: J.H. Mizuno, 2012.

BONFIM, Edilson Mougnot. Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei 12.403 de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Ademar. Uma proposta de redução do encarceramento preventivo: um passo para superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-e-sociedade/uma-proposta-de-reducao-encarceramento-preventivo-19012017>. Acesso em: 10/08/2019

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (lei 12.403/11)- Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136905,31047-Medidas+cautelares+penais+lei+1240311+Novas+regras+para+a+prisao> Acesso em 14/08/2019

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 13/09/2017

DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualização junho de 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 14/08/2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010
MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. São Paulo: Método, 2011