

PRISÃO PREVENTIVA E MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS: UMA ANÁLISE DOS REFLEXOS DA LEI 12.403/11 NA COMARCA DE FRANCA-SP

PREVENTIVE DETENTION AND ALTERNATIVE MEASURES CAUTIONARY: A CONSEQUENCES'S ANALYSIS OF THE LAW 12.403/11 IN FRANCA DISTRICT COURT

Gustavo Lelles Menezes *

Paulo César Corrêa Borges **

SUMÁRIO: Introdução. 1 O regime jurídico da prisão preventiva e das medidas cautelares alternativas introduzido pela Lei 12.403/2011. 2 análise dos reflexos da Lei 12.403/2011 no âmbito da comarca de Franca. 2.1 Metodologia da pesquisa empírica. 2.2 Medidas cautelares em números. 2.3 Do cotejo entre o decreto prisional preventivo e a sentença prolatada: a (in) existência de proporcionalidade. 2.4 Da fundamentação das decisões: a retórica da ordem pública. Conclusão. Referências.

RESUMO: A Lei 12.403/2011 procedeu a importantes alterações na seara processual penal, mais especificamente no âmbito da prisão e liberdade. Dentre as inúmeras alterações promovidas, desponta a introdução de medidas cautelares diversas da prisão. Todavia, mesmo diante de tais inovações, passados mais de seis anos da vigência da referida lei, o número de decretos prisionais preventivos é exorbitante, conquanto 40 % da população carcerária do Brasil (terceira maior do mundo) é formada por presos provisórios. Ao que parece, a lei das medidas cautelares encontra resistência no que se refere à sua aplicação pelo judiciário. Isso denota que no campo material à prisão preventiva não foi deferido o caráter de excepcionalidade como preceitua a *mens legis*, porquanto prevalece como a medida cautelar mais aplicada. A pesquisa objetivou verificar qual o entendimento do judiciário francano quanto a aplicação da prisão preventiva e das medidas cautelares alternativas à luz dos postulados da Lei 12.403/11, por meio de uma análise quantitativa e qualitativa das decisões proferidas nos processos criminais envolvendo o crime de furto (art. 155, CP) sentenciados no período compreendido entre 01/09/2016 a 01/12/2016. Os resultados demonstraram que na comarca de Franca à prisão preventiva não foi conferido o caráter excepcional. Trata-se de pesquisa empírica, na qual utilizamos o método de abordagem dialético.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Medidas Cautelares Alternativas. Franca.

ABSTRACT: *The Law 12.403 of 2011 preceded important changes in criminal procedural law, more specifically in prison and liberty. Among many chances made, stands out the introduction of*

* Mestrando no PPG-DIREITO da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (2017). Foi aluno Especial do PPG-DIREITO da UNESP (2017). Pesquisador PIBIC- ICSB/UNESP no período de 2016/2017 na área de Direito Processual Penal. É membro do NETPDH (Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos). Estagiário Docente na disciplina de Direito Penal III da UNESP (2019). Advogado.

** Bacharel, mestre e doutor em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. É Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo e professor assistente-doutor vinculado ao Departamento de Direito Público da UNESP.

Artigo recebido em 22/10/2019 e aceito em 17/12/2019.

Como citar: MENEZES, Gustavo Lelles; BORGES, Paulo César Corrêa. Prisão preventiva e medidas cautelares alternativas: uma análise dos reflexos da Lei 12.403/11 na comarca de Franca-SP. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 21, n. 34, p. 351-377. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

precautionary measures different from prison. However, even with those innovations, after seven years of this law, the number of prison decree is exorbitant, although 40% of Brazil's prisional population (world's third largest) is formed by provisional prisoners. It seems that the law of precautionary measures faces resistance on its application by the Judiciary. Meaning that on factual field it was not granted the exceptionality character as the law tells, prevailing as the most precautionary measures applied. The present article has objected to verify which is the understanding of Franca district court about the application of preventive detention and alternative measures cautionary in the light of Law 12.403 of 2011, through a quantitative and qualitative analysis of decisions uttered on criminal prosecutions which judge the crime of theft (article 155 of Criminal Law) from 09/01/2016 to 12/01/2016. The results demonstrated that in Franca the preventive detention was not granted as an exceptional character. It is a empirical resarche in wich we use the dialectical method.

Keywords: Preventive Detention. Alternative Measures Cautionary. Franca.

INTRODUÇÃO

Após o processo de redemocratização, por meio da promulgação da Constituição da República de 1988, o Brasil se definiu como um Estado Democrático de Direito. Todavia, a despeito de tratar-se de uma Constituição garantista, pautada na tutela dos bens jurídicos mais caros ao indivíduo, tais como o *ius libertatis* – direito fundamental de primeira dimensão – mostrava-se (e ainda mostra-se) necessário alterações nas legislações penais infraconstitucionais, em virtude do ranço inquisitorial e punitivista que circunda o ordenamento jurídico brasileiro.

É justamente nesse contexto que se insere o Código de Processo Penal. Influenciado pelas disposições do “Código Rocco”, dispunha de apenas duas alternativas cautelares, quais sejam, a prisão preventiva ou liberdade provisória. Tal dicotomia submetia o réu ao céu ou ao inferno: preso cautelarmente em condições inexoravelmente desumanas, ou livre do inferno que são as cadeias brasileiras (AMARAL; SILVEIRA, 2011, p. 67). Destarte, o antigo modelo das cautelares era inspirado em uma estrutura inquisitorial de um sistema de justiça criminal carente de respaldo constitucional (OG FERNANDES, 2011, p.134).

O advento da Lei 12.403/11, que, dentre outras coisas, instituiu medidas cautelares alternativas à prisão, se deu como uma tentativa de mitigar tal realidade. Contudo, “o gesto dos que fazem parte do sistema de justiça, especialmente do Poder Judiciário, não faz o mesmo movimento e talvez nem o gesto do legislativo tenha a eficácia para fazer tal aproximação” (BOUJIKIAN, 2013), o que nos leva a questionar a efetividade da referida legislação.

Conforme lecionava Goldschmidt (2002) “a sistemática das medidas cautelares penais pelo potencial coercitivo e pelo estilo sumário que exibem, é uma espécie de termômetro por intermédio do qual se mede o grau de autoritarismo ou a vocação mais liberalizante do sistema processual”.

O caso brasileiro se mostra alarmante, dado o crescimento da população carcerária que atualmente remonta 726.712 presos, colocando o Brasil como dono da terceira maior população carcerária mundial. Da totalidade dos encarcerados, 40% estão presos provisoriamente (BRASIL, 2016).

Não há dúvidas acerca do estado de hipertermia do sistema processual penal brasileiro, lançando mão à metáfora utilizada pelo autor alemão. Ao que parece, a nova lei das medidas cautelares ainda encontra resistência no que se refere a sua aplicação pelos operadores do direito.

Tal realidade permite inferir que existe uma lógica perversa que preceitua a presunção de culpabilidade e que promove a segregação, o que culmina em enxergar o acusado não como sujeito de direitos, mas como um instrumento processual utilizado para alcançar a verdade real: é a coisificação do réu.

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, porquanto figuram como ferramentas de punição e manutenção da ordem pública e não como instrumentos de efetividade do processo penal.

Os presos cautelares se encontram em situação extremamente singular, pois estão em algum lugar entre a pretensão punitiva do Estado e a presunção de inocência. A grande questão é que a despeito de serem detentores desta garantia constitucional, são subjugados aos horrores do cárcere. Nessa senda, existe clara contradição entre os mandamentos constitucionais do nosso ordenamento jurídico – que contribuíram para a formação de um sistema processual penal sustentado por princípios de índole claramente liberal – e os números do sistema carcerário, especificamente no que respeita à quantidade de presos provisórios. Por isso, o consagrado postulado jurídico, segundo o qual “o encarceramento provisório é medida excepcional”, é desmentido todos os dias pela realidade do judiciário brasileiro.

Além disso, o convívio social é permeado por uma cultura do medo, imposta pela chamada sociedade de risco, situação explorada pela mídia, que por sua vez, promove a espetacularização de determinados fatos criminosos, de modo a propiciar o surgimento de uma insegurança social extremamente contagiosa, o que culmina na aceitação do aumento de decretos de prisões preventivas, fundamentados pelos juízes com fulcro na luta contra a delinquência; exemplaridade; no restabelecimento da confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico; no clamor público; e entre outras “razões” que nada tem a ver com a finalidade das medidas cautelares, culminando em prisões questionáveis, desde o ponto de vista jurídico constitucional como da perspectiva político criminal (LOPES JUNIOR; MORAIS DA ROSA, 2015).

Trata-se, por conseguinte, de fenômeno preocupante, tendo em vista que apenas contribui para a criação de falsas “soluções” pautadas no senso comum e que desencadeiam a disseminação de discursos autoritários que fogem à lógica dos mandamentos constitucionais.

De maneira nenhuma o Poder Judiciário deve se distanciar de um processo judicial alicerçado no princípio do contraditório e nas garantias fundamentais, de modo a se inclinar para a conversão sistemática e massiva das prisões em flagrante em prisões cautelares. Não se pode admitir uma seletividade no sistema punitivo, em que determinada parte da população é criminalizada. Caso contrário, a razão de ser do sistema processual penal se transfigura em violações de direitos fundamentais.

Isto posto, a presente pesquisa vislumbra analisar o perfil de funcionamento das instâncias judiciais repressivas na comarca de Franca, de modo a analisar se de fato à prisão preventiva foi conferido o caráter excepcional, após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, frente à introdução de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva.

1 O REGIME JURÍDICO DA PRISÃO PREVENTIVA E DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS INTRODUZIDO PELA LEI 12.403/2011

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.

Para que seja possível a decretação da prisão preventiva é necessária a presença de requisitos essenciais, considerados inerentes às medidas cautelares: o *fumus comici delicti* e o *periculum libertatis*.

Tais requisitos consistem na certeza material do crime e nos indícios de autoria, bem como no risco que a situação de liberdade do acusado pode oferecer ao andamento processual, à vítima e à sociedade.

A prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou no curso do processo penal, sendo certo que somente nesta última ocasião é que ela poderá ser decretada de ofício pelo juiz.

Conforme o comando do artigo 313 do CPP, a prisão preventiva, via de regra, somente poderá ser decretada diante da ocorrência de crime doloso punido com pena máxima privativa de liberdade superior a quatro anos.

Todavia, tal regra comporta exceções nos casos de reincidência; violência doméstica familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo, ou pessoa com deficiência; e em caso de dúvida sobre a identidade civil do acusado ou quando este não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Importa consignar que a decretação da prisão preventiva, além dos requisitos acima expostos, está condicionada à consecução de algumas finalidades, previstas no artigo 312 do CPP, quais sejam: garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

A Lei 12.403/11 é tida como um marco divisório no que se refere à temática da prisão e liberdade, porquanto promoveu mudanças significativas no que toca às medidas cautelares pessoais.

Primordialmente, pode-se citar a introdução de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, que estão descritas no rol do artigo 319, do CPP: 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 distante 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 (art. 26 do Código Penal) 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.

A introdução das medidas cautelares alternativas, reserva à prisão preventiva aplicação subsidiária, ou seja, somente nos casos imprescindíveis. É o que dispõe o artigo 282, §6º, 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 alternativas, previstas no artigo 319, do CPP. Vale dizer, a inadequação das outras medidas previstas no supradito artigo de lei é também um requisito para o decreto da prisão preventiva (BOTTINI, 2011).

Destarte, evidente que por meio da nova sistemática das medidas cautelares pessoais, foi reafirmado o caráter subsidiário e excepcional da prisão preventiva, de maneira a defini-la como *ultima ratio*.

Todavia, 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, não se vislumbrou 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, mostrando-se claro que as cautelares alternativas à prisão não foram incorporadas à prática do sistema de justiça criminal.

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 a penas restritivas de direitos, ou ainda determina-se sua absolvição (BORGES, 2017).

As 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 2011 (ano da reforma legislativa), segundo dados do Infopen, o sistema penitenciário brasileiro contava com 514.582 encarcerados, dos quais, cerca de 173.818 eram presos provisórios. Tal quadro já revelava o referido abuso na utilização da preventiva como cautelar mais utilizada, porquanto ao observar esses números é possível perceber que já àquela época 34% da população carcerária foi enviada à prisão com vistas ao cumprimento de medida cautelar (BRASIL, 2014).

Ocorre que, no ano de 2016, tanto a quantidade de encarcerados em números absolutos quanto a porcentagem de presos provisórios cresceram vertiginosamente. Nessa esteira, conforme dados de Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o sistema carcerário brasileiro conta com 292.450 mil presos provisórios, representando 40% da população carcerária total, estimada em 726.712 pessoas encarceradas (BRASIL, 2017).

Destarte, 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.

2 ANÁLISE DOS REFLEXOS DA LEI 12.403/2011 NO ÂMBITO DA COMARCA DE FRANCA

Franca se localiza no interior do Estado de São Paulo e, segundo dados do IBGE de 2017 (IBGE, 2017), sua população estimada é de 318.640 habitantes. De acordo com um levantamento feito pela consultoria Macroplan, Franca ocupa o posto de 5ª melhor cidade para se viver no país. O estudo levou em conta a evolução dos indicadores nas áreas de educação, saúde, segurança, saneamento, população e economia entre 2005 e 2015 (INFOMONEY, 2016)

Todavia, a despeito da existência da vigilância de tais indicadores sociais, não há notícia da monitorização e sistematização de dados concernentes ao número de decretos prisionais preventivos na comarca, nem mesmo índices relativos à aplicação do uso das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011.

É justamente dentro desse contexto que surgem as indagações: prende-se muito na Comarca de Franca? Prende-se corretamente?

Em que pese seu caráter excepcional, percebe-se, na atualidade, um uso demasiado da prisão preventiva no âmbito nacional, assim, uma vez que

a Lei 12.403/2011 passou a vigorar no dia 04 de julho de 2011 e, passados mais de 6 anos de sua vigência, conveniente averiguar sua aplicação.

Medidas mais brandas e menos gravosas passaram a ser previstas em tal legislação, de maneira a evitar transtornos ainda maiores que seriam causados com a privação da liberdade.

Diante de tal contexto, elaborou-se um estudo mais detalhado a respeito da temática da aplicação da prisão preventiva à luz dos postulados da Lei 12.403/2011 no âmbito do judiciário francano, cujos parâmetros, metodologia e resultados se expõem a seguir.

2.1 Metodologia da pesquisa empírica

A pesquisa consiste numa análise quantitativa e qualitativa do fenômeno da prisão preventiva no município de Franca. Buscou-se atender a três objetivos específicos: o primeiro consiste em analisar se de fato a prisão preventiva foi conferido o caráter excepcional, após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, frente à introdução de medidas alternativas à prisão preventiva; o segundo foi a análise qualitativa das decisões judiciais, destacando-se as justificativas que as embasaram.

O material de estudo para elaboração do panorama dos decretos prisionais preventivos foram as ações penais sentenciadas entre 01/09/2016 a 01/12/2016, envolvendo os casos referentes às condutas tipificadas no artigo 155 do Código Penal.

O recorte do espaço amostral se justifica pelas razões a seguir expandidas. A primeira delas é que uma análise geral de todas as ações propostas na comarca desde o implemento da Lei 12.403/2011 seria demasiadamente complexa e inviável de ser concluída, tendo em vista a existência de vasto número de processos envolvendo o crime de furto. Ademais, não há um banco de dados municipal que contenha as informações sobre todos os processos relacionados a decretos de medidas cautelares, sendo necessária a pesquisa minuciosa no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, o que tornaria o estudo mais propenso a conter dados inconsistentes.

No que se refere ao tipo penal escolhido para análise, cabe ressaltar que em que pese haver circunstâncias que o qualifiquem, trata-se de crime que não envolve violência ou grave ameaça à pessoa, além do que o preceito secundário da norma não prevê sanções elevadas.

A seleção temporal, por sua vez, se justifica em razão de traduzir momento posterior à edição da Lei 12.403/2011- cerca de 6 anos após a edição da referida legislação- o que configuraria tempo mais que suficiente

para haver a sua “digestão jurídica” e conseqüente efetiva aplicabilidade. Ademais, ao mesmo tempo, denota momento mais próximo em relação à realização desta pesquisa, de maneira a evidenciar o atual pensamento e postura do judiciário francano.

Quanto à elaboração propriamente dita do banco de dados, trabalhou-se da seguinte forma.

Por primeiro, foi acessado o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mais especificamente a ferramenta de busca online chamada E-Saj (<https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000>). Ato contínuo, utilizou-se o ícone “consultas de Julgados em 1 Grau”, disponível no menu da supradita ferramenta de busca online. O acesso ao referido ícone proporcionou o direcionamento à tela denominada “Parâmetros de Consulta”, em que são disponibilizados diversos filtros de pesquisa, em que se deve inserir informações atinentes a cada um desses filtros, com o intuito de direcionar os resultados da pesquisa e, conseqüentemente, selecionar os processos julgados em 1 grau, de acordo com os objetivos da pesquisa. Os filtros disponibilizados são: “pesquisa livre”, “número do processo”, “classe”, “assunto”, “magistrado”, “data”, “vara”, “ordenar por data crescente ou decrescente”.

Nesse ínterim, no campo “assunto”, foi selecionado o ícone “crimes contra o patrimônio” e foram selecionadas algumas das modalidades do crime de furto previstas no artigo 155 do Código Penal, quais sejam, furto simples e furto privilegiado.

No campo “data” foi inserido o lapso temporal a que a pesquisa se prestou a analisar, qual seja de 01/09/2016 até 01/12/2016. Já no campo “vara”, foram selecionadas todas as Varas Criminais da Comarca de Franca, quais seja, 1ª Vara Criminal, 2ª Vara Criminal e 3ª Vara Criminal. Todos os outros campos permaneceram em branco.

Realizados tais parâmetros de pesquisa, o sistema e-saj encontrou um total de 88 (oitenta e oito) processos judiciais. Com o número dos processos em mãos, procedeu-se à pesquisa das informações essenciais aos processos criminais, o que foi realizado através do serviço de “consultas processuais” também disponível no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nada obstante, dentre o total de processos criminais encontrados, 23 (vinte e três) não foram analisados pelas seguintes razões: 13 (treze) deles por motivos de tratarem de crimes diversos do objeto desta pesquisa; 10 (dez) deles por motivos de insuficiência de informações na página disponibilizada pela ferramenta e-saj.

Dessa forma, iniciou-se o estudo com um total de 88 ações, no entanto, devido aos entraves acima citados, foram analisados e classificados efetivamente 65 (sessenta e cinco) processos judiciais representativos daqueles sentenciados entre 01/09/2016 a 01/12/2016.

A análise se restringiu às ações que tramitaram no primeiro grau de jurisdição, não sendo objeto da pesquisa eventual continuidade em grau recursal.

A coleta de informações referentes a cada processo judicial ocorreu por meio do preenchimento de um formulário. Pode-se aduzir, portanto, que houve um estudo de casos que visou responder como se desenvolve o cenário dos decretos prisionais preventivos em detrimento das medidas cautelares alternativas à prisão, tema extremamente contemporâneo e de grande relevância.

Dentre os quesitos analisados elencam-se: a)- o número de decretos prisionais preventivos; b)- o número de decretos determinando a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão; c)- os fundamentos que embasaram a prisão preventiva; d)- se a fundamentação estava pautada no caso concreto; e)- o comando sentencial em relação à medida cautelar imposta no curso do processo.

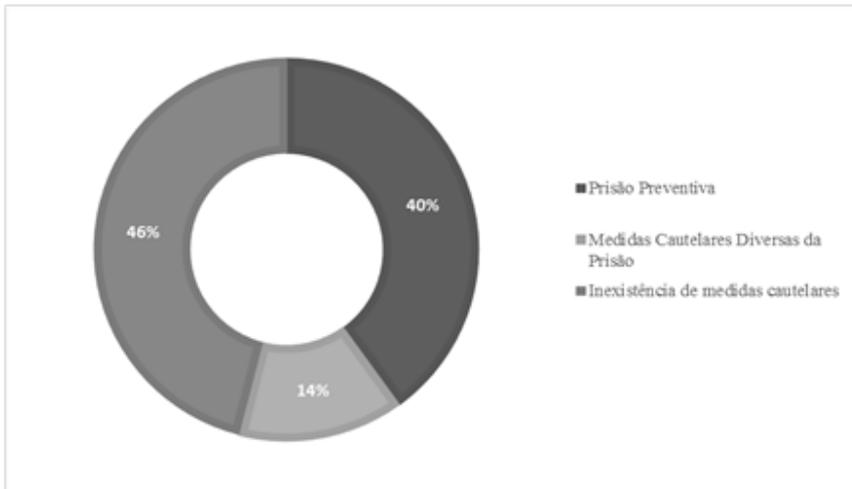
2.2 Medidas cautelares em números

Como já explicitado de 01/09/2016 a 01/12/2016 foram sentenciadas, na comarca de Franca, 88 ações penais que envolviam a prática do crime de furto, previsto no artigo 155 do Código Penal. Todavia, pelos motivos já aduzidos, esta pesquisa apenas analisou 65 processos judiciais, devido às razões já expendidas.

Dentro desse espaço amostral, foram individualizados e quantificados 26 processos em que houve o decreto de prisão preventiva; 09 processos em que os magistrados decretaram medidas cautelares alternativas à prisão preventiva; e 30 processos em que não houve a aplicação de quaisquer medidas cautelares, seja prisão preventiva, seja alguma daquelas diversas do enclausuramento, previstas no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal.

O gráfico abaixo permite melhor visualizar a distribuição dos decretos de medidas cautelares no interregno temporal de referência:

Gráfico 1- Utilização das medidas cautelares



Fonte: próprio autor.

Conforme observado no gráfico acima, dentre os processos analisados, em 40% dos casos houve a imposição de prisão preventiva aos réus, em apenas 14% dos casos houve a determinação de medida cautelar diversa da prisão, e em 46% dos casos não houve a imposição de quaisquer medidas cautelares.

Destarte, duas são as conclusões a que se pode chegar. A primeira delas, é que na comarca de Franca existe um altíssimo índice de incidência do uso da prisão preventiva. A segunda conclusão se refere ao fato de que a incorporação e a “digestão jurídica” da Lei 12.403/2011 se encontra a passos extremamente vagarosos.

É dentro desse contexto que é possível aduzir não ser razoável a posição de supremacia assumida pela prisão preventiva perante as outras medidas cautelares, porquanto, notadamente, a Lei 12.403/2011 ratificou a excepcionalidade dessa medida cautelar tão gravosa, capaz de criar efeitos deletérios aos acusados que tem contra si imposta tal medida, a despeito da conservação de sua condição de inocência, consagrada na Constituição Federal.

Infelizmente, ainda persiste um contexto de bipolaridade cautelar, extremamente ostensivo, a despeito das medidas cautelares diversas da prisão dispostas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Vale dizer, ao menos na comarca de Franca, o réu ainda se encontra submetido a uma pernicioso dicotomia: preso cautelarmente ou

livre do inferno das cadeias brasileiras, tendo em vista o inexpressivo uso dos meios alternativos à prisão preventiva.

Por outro lado, felizmente, o número de decisões que concederam a liberdade provisória sem a imposição de quaisquer ônus superou a quantidade de imposições de decretos prisionais preventivos.

2.3 Do cotejo entre o decreto prisional preventivo e a sentença prolatada: a (in) existência de proporcionalidade.

Fato também analisado diz respeito à relação, dentro do mesmo processo, entre os decretos prisionais preventivos e a determinação contida na sentença prolatada pelo magistrado, notadamente a sua natureza condenatória ou absolutória, bem como a imposição de restrição de liberdade ou não ao acusado preso preventivamente.

Princípio de grande importância para o Direito Penal e Processual Penal e que, inclusive, rege o instituto da prisão preventiva é o da Proporcionalidade, normativizado pelos postulados do artigo 282, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, cedejo que as prisões preventivas somente devem ser decretadas quando observadas sua necessidade e adequação ao caso concreto, em estrita observância ao aludido princípio.

É justamente por isso que, ao vislumbrar a possibilidade de aplicação de tal medida cautelar, o magistrado deve realizar um juízo de valor que consiste, dentre outras coisas, em sopesar a possibilidade de aplicação da prisão preventiva e o provimento final a ser decretado na sentença.

É que a prisão preventiva possui caráter análogo ao cumprimento de pena em regime fechado, dessa forma, caso o julgador conjecture que sua decisão final não implicará em determinar a restrição da liberdade do acusado, não é razoável e nem proporcional que tal medida cautelar seja decretada.

Por meio da análise dos dados obtidos foi possível inferir que, no âmbito da comarca de Franca, a utilização da prisão preventiva não se restringiu aos casos em que seria provável a condenação dos réus ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado ou até mesmo no semiaberto. Essa afirmação está embasada nos próprios resultados a que esta pesquisa chegou.

Verificou-se que, dentre a totalidade dos processos judiciais em que houve o decreto de prisão preventiva, apenas 1 réu foi condenado ao

regime fechado e 8 réus foram condenados ao cumprimento de pena em regime semi-aberto.

Por outro lado, 14 réus foram sentenciados ao cumprimento da pena em regime aberto ou lhes foram aplicadas penas restritivas de direitos.

Nesse sentido, cita-se o processo nº 0020279-79.2015.8.26.0196, em que o réu permaneceu preso pelo lapso temporal compreendido entre 17/11/2015 a 05/05/2016, todavia a ele foi imposta pena restritiva de direitos.

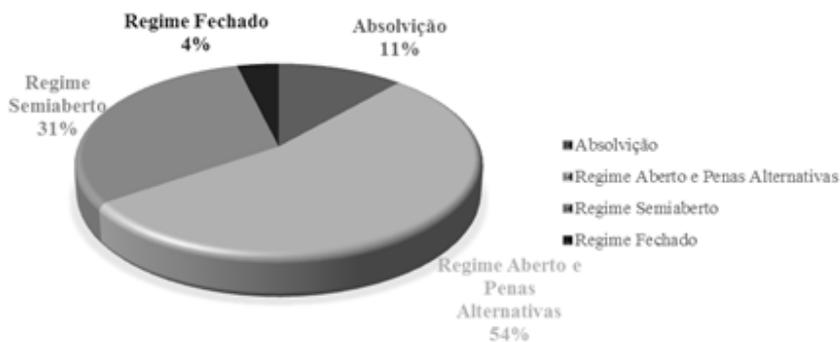
No bojo do processo nº 000011-92.2016.8.26.0908 o réu permaneceu preso preventivamente desde o inquérito policial até a prolação da sentença, ocasião em que o magistrado aplicou penas restritivas de direitos, de modo a determinar a expedição do competente alvará de soltura.

Por mais que o cenário acima relatado possa parecer grave, ele se intensifica consoante a prolação de sentenças absolutórias nesse espaço amostral. É que 3 dos réus que suportaram a imposição de prisão preventiva foram absolvidos ao final do processo.

Evidente a utilização desarrazoada e desproporcional da prisão preventiva.

O gráfico abaixo ilustra os resultados obtidos:

Gráfico 2- Determinação das sentenças



Fonte: próprio autor.

Os processos criminais analisados na presente pesquisa, assim como tantos outros, duraram meses e, em alguns casos até mesmo anos; possivelmente geraram estigmatização, sofrimento, desgraça não somente nas vidas dos acusados como também de seus familiares e amigos.

Em relação àqueles que foram absolvidos e até mesmo em relação àqueles que tiveram contra si a imposição de pena restritiva de direitos, essa série de vilipêndios se acentua em decorrência do erro do judiciário quanto à imposição da prisão preventiva.

É evidente a banalização com que se acusa e com que se suprime a liberdade de um indivíduo ainda considerado inocente por meio do uso abusivo da prisão preventiva.

Observa-se a derrocada do processo penal garantista que, por sua vez, se torna um produtor de misérias. É exatamente o que Carnelutti (1995, p. 63) ilustra em sua obra *Misérias do processo Penal*:

Fato é que esse terrível mecanismo, imperfeito e imperfectível, expõe um pobre homem a ser pintado a largos traços frente ao juiz, inquirido, e não raramente detido, arrancado de sua família e seus afazeres, prejudicado, para não dizer arruinado perante a opinião pública, para depois não se ver nenhuma culpa de quem, seja também sem culpa, tenha turbado e desconsertado a sua vida. São coisas que acontecem, infelizmente; e, ainda uma vez, não há como protestar; mas não deveríamos pelo menos reconhecer a miséria do mecanismo, que é capaz de produzir estes desastres, e também é incapaz de não produzi-los?

Não obstante os preocupantes resultados expostos, constatou-se que nos processos de números 0006038-66.2016.8.26.0196; 0000537-93.2015.8.26.0196; 0000396-74.2015.8.26.0608; 0018471-39.2015.8.26.0196; 0005630-75.2016.8.26.0196, a necessidade da prisão preventiva foi analisada com observância aos requisitos legais, especialmente no que toca aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Destarte, houve o sopesamento entre o provimento final e a possível aplicação da prisão preventiva, de maneira a aduzir pela impossibilidade de decretar tal medida cautelar por se mostrar mais gravosa do que o regime a ser fixado em uma eventual condenação.

Nesse sentido, sintetizando o conteúdo descrito nas deliberações acerca da aplicação de prisão preventiva proferidas nos processos supramencionadas, colaciona-se trecho de decisão prolatada no processo 0000537-93.2015.8.26.0608, no qual o magistrado aduziu que “é cediço que a prisão preventiva é cumprida em regime fechado, enquanto eventual condenação do réu, que é primário

e não ostenta antecedentes criminais, culminará, no máximo em pena privativa de liberdade para cumprimento em regime aberto”.

2.4 Da fundamentação das decisões: a retórica da ordem pública

No que toca à fundamentação das decisões proferidas nos processos criminais objeto desta pesquisa, os argumentos judiciais selecionados para análise foram aqueles previstos no artigo 312 do CPP, quais sejam, conveniência da instrução criminal; assegurar aplicação da lei penal; e garantia da ordem pública. Importa consignar que o argumento “garantia da ordem econômica” não foi analisado e nem mesmo levado em consideração, porquanto não guarda correlação com o crime paradigma.

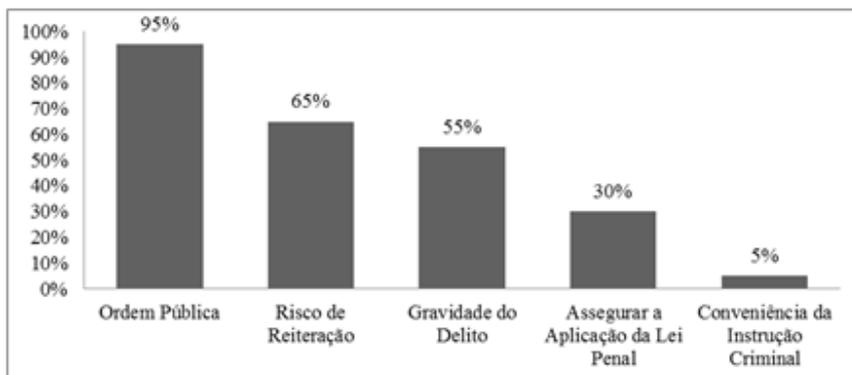
Ademais, além desses fundamentos, analisou-se a incidência de argumentos judiciais que a despeito de não estarem previstos na legislação processual penal, posicionam-se dentro da garantia da ordem pública e são admitidos pela jurisprudência e por parte da doutrina. São eles: risco de reiteração do delito; gravidade (em abstrato) do delito; clamor público; comoção social; manutenção da credibilidade da justiça.

Com efeito, dentre os julgados em que houve o decreto prisional preventivo, em seis deles, pelo fato de não disponibilização no sistema e-saj da decisão que procedeu ao decreto da prisão preventiva, não foi possível realizar análise do conteúdo da fundamentação de tais decisões. Em virtude disso, dentre a totalidade dos 26 processos que envolveram o decreto prisional preventivo, foram analisados 20 processos.

Por primeiro, insta salientar que a despeito da análise da fundamentação das decisões recair sobre 20 processos criminais, este número é ultrapassado na análise dos argumentos judiciais, visto que, por diversas vezes os juízes decretaram a prisão preventiva lançando mão a mais de um fundamento.

O gráfico abaixo ilustra a variação dos argumentos utilizados pelos magistrados na comarca de Franca ao decretarem a prisão preventiva:

Gráfico 3- Fundamentos da prisão preventiva



Fonte: próprio autor

Em números absolutos, 19 decisões estavam pautadas na garantia da ordem pública; 11 decisões na gravidade em abstrato do delito; 6 decisões pautadas em assegurar a aplicação da lei penal; 13 decisões pautadas no risco de reiteração do delito; 1 decisão pautada na conveniência da instrução criminal.

Destaca-se o altíssimo e significativo índice de prisões preventivas decretadas com fundamento na garantia da ordem pública, de modo que tal fundamento se apresenta como o mais utilizado pelos magistrados.

Conforme o gráfico acima, 95% das decisões pautaram-se na garantia da ordem pública. Pode-se observar que na grande maioria dos processos, tal fundamento estava associado com o “clamor público”, “comoção social”, “gravidade do delito”, “risco de reiteração do delito” e até mesmo a “manutenção da credibilidade da justiça”, todos figurando, na visão do julgador, como fundamentos legítimos.

Ocorre que, a garantia da ordem pública se apresenta como conceito extremamente vago, impreciso e indeterminado e que nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais. A não definição do conceito por parte do legislador abre caminho para que o julgador possa invocar os mais diversos sentidos para justificar o decreto da prisão preventiva, quando pautado nesse fundamento.

Na verdade, o que se pode observar é que alicerçados a garantia da ordem pública alguns julgadores desvirtuam a função processual, no sentido de buscar realizar por meio de suas decisões, uma política pública que deve ser exercida pelo Poder Executivo: é quase uma usurpação de poderes. O processo penal não tem a finalidade de garantir a segurança da população,

mas sim analisar o caso em concreto, sem lançar mão a argumentos generalistas, tal como aquele segundo o qual “a gravidade dos delitos de furto tem assolado a população que se vê em situação de total insegurança”.

De início, uma das modificações a serem introduzidas pela Lei 12.403/2011, seria o abandono da ordem pública do rol de fundamentos da prisão preventiva. Todavia, tal intento não logrou êxito, de maneira que prevaleceu a redação original do artigo 312 do CPP.

Lopes Junior (2015) aduz que a não modificação do referido artigo estaria relacionada com a manutenção e ampliação dos poderes discricionários do julgador, por um viés punitivista, de maneira a tratar-se de um conceito vago, impreciso, indeterminado e completamente alheio a uma correspondência de significação.

Dentro desse contexto assevera Machado (2013, p. 585) que:

(...) essa hipótese de decretação da prisão cautelar é mesmo muito controvertida, de um lado porque o seu conceito é notoriamente vago, prestando-se a um uso perigosamente alargado das custodias provisórias; de outro, porque o objetivo da prisão preventiva não é realizar uma prevenção geral ou especial da violência ou criminalidade. Este último objetivo, na verdade, é umas das finalidades do processo principal.

O termo garantia da ordem pública surgiu na Alemanha, nos idos de 1930, momento histórico em que o nazifascismo alcançava seu auge. Nessa época, a intenção do uso desse argumento era claramente “uma autorização geral e aberta para prender” (LOPES, JUNIOR, 2015, p. 647). Hoje, mais de 80 anos após esse lamentável episódio vivenciado pela humanidade, as cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito são recorrentemente utilizadas pelos mais diversos setores da comunidade jurídica, a despeito de todo o arcabouço principiológico que emana da Constituição Federal.

A finalidade da prisão preventiva é a de assegurar a efetividade do processo de conhecimento, garantindo a realização da prova e aplicação da lei penal, e não a de neutralizar as consequências e repercussões do crime. Dessa forma, cediço que a prisão preventiva não tem o condão de promover nenhum tipo de prevenção geral ou especial, sob pena de agir como um instrumento de justiça sumária. Como aponta Sanguiné (2003, p. 114):

(...) quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos

no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico constitucional como da perspectiva político criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.

Por esse viés, juízos de valor que levem em conta a personalidade do acusado e seus antecedentes são problemáticos, na medida em que corre-se o risco da realização de análises preconceituosas e totalmente enviesadas por um banal e perigoso julgamento discriminatório, pautado em um insuportável Direito Penal do autor que fere de morte o garantismo penal.

Tem prevalecido a ideia de que a ameaça à ordem pública, em regra, decorre de uma situação que articula a gravidade do crime com a periculosidade ou temibilidade reveladas pelo agente na prática criminosa. Parece ser essa também a orientação do Código de Processo Penal Italiano ao se referir à *circostanze del fatto* e à *personalità dell'imputato* (art. 274, letra c). Deve-se evitar no entanto, para aferição da periculosidade do agente, qualquer juízo a priori, desvinculado do caso concreto, tal como a simples existência de outros antecedentes criminais, o que poderia levar a julgamentos discriminatórios (MACHADO, 2013, p. 587).

Outro aspecto a ser salientado diz respeito à correlação do conceito de ordem pública com a credibilidade da justiça. Não é razoável que seja decretada uma prisão preventiva com o fim de assegurar a boa imagem do aparelho judicial, com vistas a evitar a falta de confiança no judiciário ocasionada pelo abalo da opinião pública.

Trata-se de “pressuposto apócrifo” e “hipótese extralegal que deve ser repelida com toda ênfase” (MACHADO, 2013, p. 588). Não é razoável se fazer crer que a eficiência da justiça penal esteja relacionada ao maior grau repressivo do judiciário. O que se observa são grandes equívocos construídos através de falácias segundo as quais as causas da criminalidade estão simplesmente na personalidade do agente ou mesmo em um brando sistema de justiça penal que não pune o quanto deveria, de maneira mais drástica. Ora, não nos enganemos quanto a tais argumentos desprovidos de análises mais racionais, porquanto as causas da criminalidade estão

diretamente relacionadas com aspectos de índole social e econômica. Nessa esteira, preceitua Machado que:

Tanto as causas da criminalidade quanto os meios de combatê-la deitam suas raízes em fatores socioeconômicos, os quais estão a reclamar uma reforma estrutural não no aparelho repressivo do Estado, mas na própria base material da sociedade, na qual se dão as relações de produção e a distribuição profundamente desigual dos resultados do processo produtivo (MACHADO, 2013, p. 587).

Além disso, o uso da prisão preventiva como meio para garantir a credibilidade da justiça não pode, igualmente não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista os postulados constitucionais que regem nosso sistema, principalmente o processo acusatório. O poder judiciário não tem (ou ao menos não deveria ter) maior ou menor credibilidade levando-se em conta o número de prisões que decreta, mas sim pelo maior senso de justiça que confere aos processos sob sua jurisdição.

Ao utilizar tal motivação para decretar a prisão preventiva, o magistrado se distancia de uma das funções mais dignas de seu ofício, qual seja, o papel de garantidor dos direitos fundamentais do acusado, e se envereda em caminhos tortuosos que não condizem com suas prerrogativas. Nessa esteira destaca Eros Grau (2008) que:

O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do judiciário), seja através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, quanto do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover ação penal pública (artigo, 129, I).

O clamor público também figura como um dos motivos mais recorrentes para a decretação da prisão preventiva quando pautada na garantia da ordem pública. É também um motivo apócrifo, conquanto não tem previsão legal, de maneira que confronta com o Princípio do *Nulla Coatio Sine Legge* (SANGUINE, 2003).

Não raro, o clamor público está associado a um sentimento de vingança e revolta social, o que ocasiona o uso da prisão preventiva como um meio para punir o acusado e saciar esse desejo de vingança que ecoa pela sociedade.

Todavia, tais investidas, quando assumidas pelos aplicadores do Direito, colidem com o Princípio da Presunção de Inocência e da Não Culpabilidade, previsto na Carta Magna brasileira de 1988.

A esse respeito, assevera Ferrajoli (2014, p. 450) que:

(...)essa ideia primordial de bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal, que não serve, como já afirmei, para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser tidos culpados sem provas.

Nada obstante, o clamor público na sua faceta de “sede de vingança” que advém da sociedade, é um conceito e uma sensação totalmente enviesada, manipulada e as vezes até mesmo criada por uma mídia irresponsável que se utiliza do sensacionalismo para propagar uma sensação de perigo onipresente. Ocorre que, tal sensação desemboca na construção de uma consciência coletiva pautada no ataque às liberdades públicas fundamentais e na ânsia por um aparato penal cada vez mais repressivo. Ou seja, a prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública traduzida pelo alarma social está sujeita à manipulação pelos meios de comunicação, de maneira a se apresentar uma opinião publicada travestida de opinião pública.

A esse respeito ensina Machado (2013, p.589) que:

Tais sentimentos de vingança têm sido frequentemente estimulados por uma parte da mídia que ainda teima em disseminar certo sensacionalismo vulgar, claramente incompatível com um regime de liberdades públicas fundamentais. Esse sensacionalismo, no final das contas, serve apenas para maximizar os próprios lucros midiáticos e também para justificar a lógica da repressão violenta, quer mantendo o *status quo* reinante nas sociedades de classes, quer proporcionando satisfação para os mais rebaixados sentimentos de ódio e vingança. O interprete/aplicador da lei, no entanto, deve procurar se manter acima dessas exacerbações sensacionalistas, deve evitar as influências perniciosas de certa mídia que já se constituiu em mensageira da barbárie e franca adversária das liberdades fundamentais.

O risco de reiteração do delito foi um dos argumentos também utilizados para decretar a prisão preventiva em nome da ordem pública, mais especificamente, em 65% das decisões analisadas. Ocorre que esse argumento visa cumprir função tipicamente de polícia do Estado, de maneira que não atende ao objeto e fundamento do processo penal. Ademais, trata-se de inversão da dinâmica constitucional, conquanto

cria-se a presunção da prática futura do delito em detrimento do Princípio da Presunção de Inocência.

Tal situação evidencia uma tentativa impossível de tutela de atos futuros, porquanto detém, o futuro, alto grau de indeterminação e imprevisibilidade.

Outrossim, tal argumento está revestido de inquisitorialidade, uma vez que não possibilita ao acusado a realização de prova em sentido contrário, dado ser impossível provar que futuramente não praticará um delito.

A recíproca também é válida, porquanto não é possível que se produza prova no sentido de que o acusado praticará futuramente um delito, todavia, mesmo assim, é corriqueiro o uso de tal argumento.

Os decretos prisionais preventivos pautados na garantia da ordem pública, sob a faceta do risco de reiteração do delito, tratam-se de um problema relacionado a tentativas de clarividência por parte de certa camada do judiciário, pois está relacionado:

(...) a um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros. A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete *o anseio mítico por um direito penal do futuro*, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível) (LOPES JUNIOR; ROSA, 2015)

Destarte, é possível concluir que a prisão preventiva como garantia da ordem pública, alicerçada em quaisquer dos argumentos analisados, não se enquadra como modalidade de medida cautelar, tendo em vista que não consubstancia a tutela do processo, ostentando a condição de inconstitucionalidade.

No âmbito do Direito Penal e do Processo Penal é de suma importância que os imperativos dos Princípios da Legalidade e da Taxatividade sejam observados, assim é flagrantemente ilegal e inadmissível que haja uma interpretação *in malam partem* acerca da definição de prisão cautelar e garantia da ordem pública que consubstancie a ampliação do conceito de medida cautelar de modo a transfigurá-la em uma espécie de medida de segurança pública.

A prisão cautelar não deve incidir sobre todo o problema da violência e resolver todas as mazelas sociais encontradas no país, garantindo a segurança da população. Isto é papel do Poder Executivo, que deve garantir o policiamento e segurança da população. Ao judiciário cabe a proteção ao processo penal justo.

Por fim, importa tecer considerações acerca da maneira pela qual a maioria das decisões judiciais pautaram os fundamentos que ensejam o decreto prisional preventivo. Não raro, o julgador discorre sobre a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a necessidade da medida para aplicação da lei penal, de maneira extremamente genérica, sem realizar um cotejo entre a correlação de tal instituto e as características do caso em concreto. Vale dizer, a justificativa empregada, é passível de enquadrar-se em muitos outros casos que versem sobre crimes contra o patrimônio, dada a generalidade nos discursos judiciais.

Com o fito de ilustrar tais considerações, colacionamos trecho de decisão proferido no processo n.º 0011996-33.2016.8.26.0196, que determinou a prisão preventiva do acusado:

(...) possibilidade de risco à ordem pública, sobretudo do patrimônio alheio, pelo que necessária a intervenção, por prevenção, do poder judiciário, visando resguardo de direitos dos cidadãos de bem, vítimas que não devem ficar à mercê de empreitadas criminosas reiteradas (...)"

Em outro caso, (Processo n.º 0000287-60.2015.8.26.0608), tanto a Defensoria Pública quanto o próprio Ministério Público pugnaram pela concessão de liberdade provisória ao réu, tendo em vista que a prática do crime de furto não envolveu violência ou grave ameaça contra a pessoa. O julgador, todavia, refutou ambos os argumentos aduzidos pelo *parquet* e pela Defensoria, sob a justificativa de que o crime de furto tem assolado a sociedade com frequência nos últimos tempos, gerando uma enorme insegurança social.

Por isso, aduziu que a prisão preventiva se mostrava necessária para a manutenção da ordem pública, da instrução criminal (informando que o réu já teria demonstrado interesse em fugir, todavia, sem apontar concretamente quais teriam sido tais demonstrações por parte do réu), e até mesmo para evitar o descrédito do poder judiciário perante a sociedade.

A fundamentação genérica e não lastreada nos aspectos concretos do caso também ocorreu nas decisões pautadas no risco de reiteração do delito (55% das decisões); assegurar a aplicação da lei penal (30% das decisões); e a conveniência da instrução criminal (5% das decisões).

CONCLUSÃO

A Lei 12.403/11 é tida como um marco divisório no que se refere à temática da prisão e liberdade, porquanto promoveu mudanças significativas no que toca às medidas cautelares pessoais. Antes de sua vigência, não existiam medidas cautelares que pudessem consubstanciar graus maiores ou menores de restrição de liberdade do acusado, de modo que o juiz se encontrava engessado para proceder às determinações nesse sentido. Por meio do advento da referida Lei, houve, então, a inclusão de medidas cautelares diversas da prisão, dispostas no artigo 319, do Código de Processo Penal.

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, porquanto 40% da população carcerária brasileira corresponde a presos provisórios.

A inserção das medidas cautelares alternativas à prisão possui como objetivo proceder à eficácia da investigação criminal e a evitabilidade da prática de novos crimes sem, todavia, privar o acusado de seus direitos constitucionais.

Entretanto, como já elucidado, a despeito de tais inovações, o uso abusivo da prisão preventiva pelo judiciário subsiste, de forma que é ela a principal medida cautelar aplicada, mostrando-se claro que as cautelares alternativas à prisão não foram incorporadas à prática do sistema de justiça criminal.

Por vezes os juízes acreditam que resolverão o risco à segurança pública, encarcerando. Contudo, esse entendimento está completamente equivocado, porquanto, na grande maioria dos casos, o magistrado não vê a realidade social, vale dizer, o que está acontecendo fora das paredes do fórum; de seu gabinete. Existe um grande distanciamento entre o juiz e os atos fenomênicos ocorridos na realidade. O judiciário, sempre encastelado, formado por cortes e palácios, se distancia e muito de uma sociedade que, por sua vez, não mais acredita nele.

Dentro da atual sociedade punitivista é exaltado o juiz que mais se adequa aos anseios inquisitoriais: a prisão. Essa “sede de vingança” é uma sensação totalmente enviesada, manipulada e às vezes até mesmo criada por uma mídia irresponsável que se utiliza do sensacionalismo para propagar uma sensação de perigo onipresente. Ocorre que, tal sensação

desemboca na construção de uma consciência coletiva pautada no ataque às liberdades públicas fundamentais e na ânsia por um aparato penal cada vez mais repressivo.

O judiciário, a seu passo, é conivente e perpetuador dessa situação sempre que prende para garantir a ordem pública; para evitar a reiteração do delito; pautado no clamor público...

A finalidade da prisão preventiva é a de assegurar a efetividade do processo de conhecimento, garantindo a realização da prova e aplicação da lei penal, e não a de neutralizar as consequências e repercussões do crime. Dessa forma, cediço que a prisão preventiva não tem o condão de promover nenhum tipo de prevenção geral ou especial, sob pena de agir como um instrumento de justiça sumária.

Muitos dos embasamentos atrelados à ordem pública que fundamentam os decretos prisionais preventivos são apócrifos, conquanto não têm previsão legal, de maneira a afrontar o Princípio do *Nulla Coatio Sine Legge*.

No caso específico da comarca de Franca, evidenciou-se que o panorama das estruturas repressivas do judiciário, infelizmente, não estão em descompasso com a sistemática punitivista e encarceradora adotada pelo poder judiciário como um todo.

Isso porque, através dos resultados obtidos com base na realização da pesquisa empírica, pôde-se vislumbrar o uso desmedido e desproporcional da prisão preventiva em detrimento da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, introduzidas pela Lei 12.403/2011.

Observou-se, inclusive, que a fundamentação das sentenças pode ser considerada, no mínimo, inidônea, posto que na esmagadora maioria das decisões estavam baseadas na ordem pública e desconexas com o caso concreto.

Aliado a isso, foi possível destacar a incoerência das aplicações dessa medida tão gravosa, que deveria sempre estar pautada em juízos de proporcionalidade, e assim não o foi, porquanto na maior parte dos processos criminais nos quais houve a ocorrência de decretos prisionais preventivos, aqueles réus que foram relegados ao cárcere, ao final do processo, em primeiro grau, não tiveram contra si imposta pena privativa de liberdade em regime fechado.

Destarte, nota-se o uso da prisão preventiva como medida totalmente desproporcional, em descompasso com os ditames da Lei 12.403/2011, e com os postulados constitucionais.

Isso denota o desvirtuamento da natureza da prisão preventiva, pois acabam por figurar como ferramentas de punição e tentativa de manutenção de uma ordem pública indefinida e não como instrumentos de efetividade do processo penal.

O consagrado postulado jurídico: o encarceramento provisório é medida excepcional, é desmentido todos os dias pela realidade.

As “misérias do processo penal”- lançando mão à expressão de Carnelucci- também se fazem presentes em meio ao judiciário francano.

REFERÊNCIAS

AMARAL, C. P.; SILVEIRA, S. S. **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.

ARP e CESeC. Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro – Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011. Disponível em: http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/Usos_e_abusos_da_priso_provisoria_no_Rio_de_Janeiro_Avaliao_do_impacto_da_Lei_12_4_032011.pdf. Acesso em: 14 jun. 2015

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2006.

BITENCOURT, C. R. **Falência Da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed.. 2 tiragem. São Paulo: 212.

BORGES, A. **Uma proposta de redução do encarceramento preventivo: um passo apara 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: 21 set. 2017.

BORGES DA ROSA, I. **Processo Penal brasileiro**. Porto Alegre: Globo, 1942

BRASIL. **Código Penal brasileiro. 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm.

BRASIL. **Código De Processo Penal. 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. **Levantamento de Informações Penitenciárias Atualização Junho de 2016**. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 29 jan. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias-INFOPEN-Dezembro 2014**. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 95.009-4/SP. Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 09.07.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantociastf/anexo/hc95009eg.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

BOTTINI, P. C. **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: 11 set. 2017 CARNELUTTI, F. As Misérias do Processo Penal. Tradução de Jose Antonio Cardinali. 1. ed. Conan, 1995

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT

FERNADES, A. S. **O Direito Processual Penal Internacional**. In: FERNANDES, A. S.; ZILLI, M. A. C. (coord.). Direito processual penal internacional. São Paulo: Atlas, 2013

FERNADES, A. S. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010

FÜHRER, M. R. E. **A nova prisão e as novas medidas cautelares no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 2011

GONÇALVES, A. Novas regras de encarceramento. **Revista Visão Jurídica**, São Paulo, 2011

GRINOVER, A. P. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista IBCCRIM n. 31/2000**

- LOPES JÚNIOR, A. **Direito Processual Penal**, 12. ed. Saraiva, São Paulo, 2015
- LOPES JÚNIOR, A. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, v. II, 7. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LOPES JÚNIOR, A. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- LOPES JUNIOR, A.; MORAIS DA ROSA, A. **Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-idade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em: 20 jan. 2019. MACHADO, A. A. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013
- MENDONÇA, A. B. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011
- MOUGENOT BONFIM, E. **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
- OG FERNANDES *et al.* **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011
- RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004
- WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro, Jorge Zahar ed., 2001
- YAROCHEWSKY, L. I. **Caos no sistema penitenciário: propostas efetivas para combater a crise**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-idade2/>. Acesso em: 21.jan. 2019
- ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.