



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E O SISTEMA
PUNITIVO BRASILEIRO: O PROBLEMA DAS PRISÕES PROVISÓRIAS NA CRISE
PENITENCIÁRIA

Luiz Alfredo Menezes Rodrigues Pereira

Rio de Janeiro
2017

LUIZ ALFREDO MENEZES RODRIGUES PEREIRA

A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E O SISTEMA
PUNITIVO BRASILEIRO: O PROBLEMA DAS PRISÕES PROVISÓRIAS NA CRISE
PENITENCIÁRIA.

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2017

A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: O PROBLEMA DAS PRISÕES PROVISÓRIAS NA CRISE PENITENCIÁRIA

Luiz Alfredo Menezes Rodrigues Pereira

Graduado em Direito pela Universidade Anhanguera de Niterói. Advogado.

Resumo – o sistema penitenciário brasileiro vive uma grave e complexa crise institucional. Dentro dos estabelecimentos prisionais por todo o país são cometidas as mais diversas violações aos direitos humanos. Uma das principais causas dessa crise é a superlotação dos presídios e, em especial, o grande número de prisões provisórias. Cada vez mais fica clara a necessidade de se observar o princípio da presunção de inocência, de modo que a prisão sem trânsito em julgado da sentença condenatória possa ser efetivamente excepcional. O objetivo do trabalho é realizar uma breve análise da atual situação do sistema penitenciário e propor algumas soluções para o problema da superlotação.

Palavras-chave – Direito Processual Penal – Prisão Provisória – Sistema Penitenciário – Superlotação

Sumário – Introdução. 1. O atual panorama do sistema prisional brasileiro. O impacto das prisões provisórias na superlotação dos presídios e a necessária efetivação da presunção de inocência. 2. As consequências da inobservância da razoável duração do processo nos prazos das prisões provisórias. 3. A obrigatoriedade de uma real fundamentação na decretação da prisão e o fortalecimento das medidas alternativas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática das prisões provisórias e a forma como elas impactam no sistema prisional, que tem produzido diversas violações de direitos humanos e não consegue cumprir seus objetivos primordiais, como a ressocialização dos apenados, e a forma como isso qualifica uma grave ameaça ao direito à liberdade e a presunção de inocência.

O tema possui relevância jurídica e social em razão de condenações que o Brasil tem sofrido nas cortes internacionais devido às violações humanitárias que vem ocorrendo nos presídios, além de ofender princípios constitucionais de máxima importância para um Estado Democrático de Direito.

As prisões provisórias representam quase a metade do encarceramento no país. Paralelamente a isso, o Brasil vive uma grave crise em seu sistema prisional, especialmente em razão de superlotação da grande maioria dos presídios e da constante violação de direitos humanos ocorridos neles.

Essa crise produz constantemente cenas de barbáries, como as ocorridas no Complexo Penitenciário de Pedrinhas em 2014 e no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, no início de 2017.

Dessa forma, apesar de a crise do sistema penitenciário ser um problema extremamente complexo que não se limita apenas à superlotação, essa é uma das principais questões a serem abordadas, já que abrigar mais presos do que a unidade prisional suporta piora as condições da prisão, tanto quanto no tocante à estrutura, como no tocante à saúde, trabalho e ressocialização dos presos. O excesso de prisões provisórias e a superlotação, portanto, possuem íntima relação.

Essas prisões provisórias são decretadas em boa parte com argumentos genéricos e sem o adequado enquadramento técnico, podendo durar anos. Princípios como o direito à liberdade (art. 5º, caput, da CF), a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), e a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CF) são desrespeitados.

Dessa maneira, as prisões provisórias são utilizadas de maneira abusiva, de forma a ser uma das principais causas da crise no sistema penitenciário.

Objetiva-se, assim, discutir a forma como as prisões provisórias são decretadas no Brasil e seu reflexo direto no sistema prisional, pois verifica-se uma ineficiente proteção à liberdade e presunção de inocência.

Inicia-se o primeiro capítulo desse trabalho apresentando a atual situação do sistema prisional brasileiro e demonstrando como as prisões provisórias agravam diretamente a crise penitenciária.

No segundo capítulo, será analisada a forma como o sistema judiciário tem utilizado as prisões provisórias, discutido se isso representa uma violação à presunção de inocência e ao direito à liberdade e se o sistema judiciário tem se utilizado das prisões provisórias como uma forma de antecipação de pena.

Já no terceiro capítulo será defendido a necessidade de alteração legislativa no regime das prisões provisórias, fortalecendo ainda mais as medidas alternativas e se estabelecendo um prazo máximo, de modo a fortalecer o princípio da liberdade e da presunção de inocência.

O método utilizado na pesquisa será o hipotético-dedutivo, uma vez que serão eleitas pelo pesquisador hipóteses e consequência que serão comprovadas ou rejeitadas argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será, principalmente, qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e

jurisprudência) – para sustentar a sua tese. Também serão levados em consideração dados estatísticos relacionado com o tema.

1. O IMPACTO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS NA SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS E A NECESSÁRIA EFETIVAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Brasil vive atualmente uma grave crise em seu sistema prisional. Tornou-se normal nos últimos anos assistir a cenas de barbárie ocorridas nos presídios brasileiros. A violação a direitos humanos passou a ser comum e, até certo ponto, institucionalizada.

Somente nos 15 primeiros dias de 2017 foram mais de 130 mortos em decorrência de conflitos entre os internos. A rebelião que mais merece destaque foi a que ocorreu no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus (AM), em que uma briga entre facções criminosas resultou em 56 assassinatos.¹

O Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís (MA), virou símbolo mundial de violação de direitos dos presos, em razão das suas precaríssimas condições, com direito a ratos e baratos nas celas e comida estragada, e de diversas rebeliões e mortes ocorridas ao longo do tempo, incluindo um caso de canibalismo denunciado pelo Ministério Público do Maranhão em outubro de 2015². Toda essa situação de Pedrinhas levou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a condenar o Brasil e determinar a adoção medidas imediatas para a proteção da vida e integridade dos presos e das demais pessoas que estejam no presídio, como agentes penitenciários e visitantes.

Esse cenário no sistema prisional brasileiro não passou despercebido pelo Supremo Tribunal Federal. Em setembro de 2015, a Suprema Corte, na ADPF 347 MC/DF³, reconheceu o sistema penitenciário nacional como “estado de coisas inconstitucionais” em razão do quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas. Como consequência, deferiu as medidas

¹ CARTA CAPITAL. Carnificina em presídios deixou mais de 130 mortos neste ano. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/carnificina-em-presidios-deixou-mais-de-130-mortos-neste-ano>>. Acesso em: 21 mai. 2017

² CARRAMILO, Clarissa. *Promotor denuncia caso de canibalismo no Presídio de Pedrinhas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2015/10/promotor-denuncia-caso-de-canibalismo-no-presidio-de-pedrinhas.html>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347 MC/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

cautelares para liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional e para realização obrigatória de audiências de custódia.

Inúmeras são as razões para essa crise, sendo uma das principais a superlotação dos presídios, decorrente de uma cultura de encarceramento em massa. Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil contava, em dezembro de 2014, com uma população prisional de 622.022 pessoas, para apenas 371.844 vagas disponíveis. Isto representa uma taxa de ocupação de 167%.⁴

A superlotação é uma das principais responsáveis pelas péssimas condições de estrutura do sistema prisional. Abrigar mais presos do que suporta é prejudicial em diversas formas, principalmente no que tange a oferecimento de serviços básicos para o preso, como saúde e alimentação e praticamente impossibilidade um projeto de ressocialização. Além disso, aumenta o risco de fugas e violência entre os presos.

É aqui neste ponto que deve ser enfrentado o problema das prisões provisórias. Ainda conforme o levantamento, são 249.668 presos provisórios no Brasil, o que corresponde a 40,13% do total. Em alguns estados o índice ultrapassa a metade, com destaque para o Tocantins, com 75,05% de presos provisórios e Maranhã, justamente onde fica o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, com 65,66%.⁵

Esses dados demonstram como as prisões provisórias impactam diretamente na superlotação dos presídios e, conseqüentemente, na atual crise.

Deve-se ressaltar que as prisões provisórias são medidas cautelares e como tais, conforme ensina Lopes Jr.⁶, “buscam garantir o normal desenvolvimento do processo, e como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar.”. Capez⁷ também afirma que a prisão provisória é “imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da futura execução de pena”. Assim, apresentam-se como um instrumento legítimo em um Estado Democrático de Direito, já que tem como objetivo a proteção do processo penal.

⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2016*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁵ Ibidem.

⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.599.

⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.301.

Ocorre, porém, que a Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5, LVII⁸, o princípio da presunção de inocência, que consagra a ideia de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Além disso, a Carta Magna também prevê no *caput* do mesmo art. 5º, a liberdade com um direito fundamental. Desse modo, é evidente que a decretação de qualquer tipo de prisão provisória deve observar e ponderar os princípios constitucionais, em especial os citados.

Lopes Jr.⁹ ensina que a presunção de inocência representa um dever de tratamento do Estado e da sociedade em relação ao réu, dividindo-se em dimensões externa e interna. Na dimensão externa deve haver uma proteção a exposição negativa de modo precoce ao réu, em outras palavras, é um limite na exploração midiática em torno do crime. Já a dimensão interna recai sobre a atuação do juiz, que deve considerar o réu inocente até a efetiva condenação, o que implica em restrições as prisões provisórias.

Não há Estado Democrático de Direito sem presunção de inocência. Não é possível falar em democracia se os integrantes da sociedade são presumidamente culpados e não há limite para o poder estatal.

A prisão provisória não pode ser utilizada como espécie de antecipação de pena, para atender clamor social ou como uma forma de compensação pela lentidão dos processos judiciais, por mais grave que seja o crime e mais nítida seja sua autoria. Contudo, o enorme número de prisões preventivas (40% do total, chegando a passar de 50% em determinados estados, como visto) demonstra que o instituto se descolou totalmente do seu objetivo.

Por ser uma restrição a princípios basilares do Estado Democrático de Direito, as prisões provisórias devem sem submeter a requisitos extremamente rígidos.

O primeiro deles é o *fumus comissi delicti* que significa a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Isto é, o juiz deve ter certeza quanto a existência do crime, já quanto a autoria é importante destacar que os indícios devem ser suficientes e concretos, não bastando a mera alegação pelo órgão acusador. Este requisito é positivado na parte final do art. 312 do Código de Processo Penal.

Já o segundo requisito é o *periculum libertatis* que se traduz em um perigo representado pela liberdade do acusado. Nesse caso o perigo é para a desenvolvimento processual, ou seja, quando há perigo de fuga do réu, de ameaça a testemunhas ou qualquer outra conduta que prejudique o processo. Novamente, não basta a simples alegação do

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

⁹ LOPES JR., Aury, op. cit., 598.

acusador, o perigo deve ser real e efetivo, tem que haver motivação para o cumprimento dos requisitos. Por exemplo, o simples fato do acusado possuir passaporte, não significa risco de fuga, deve ser demonstrado de forma efetiva que ele planeja uma fuga.

Evidentemente, a prisão deve ser imediatamente revogada caso qualquer um dos seus requisitos desapareçam. Quer dizer, os requisitos e os fundamentos que justificaram a restrição da liberdade devem ser cumpridos simultaneamente e devem estar presentes durante todo o tempo que a prisão perdurar. Mais uma vez, por ser uma limitação a liberdade e a presunção de inocência, a prisão, como o próprio nome diz, é provisória.

Em razão dessa necessidade de cumprimento do princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal considera inconstitucional regras de leis especiais que proíbem a liberdade provisória, como no caso do art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas).¹⁰ No Habeas Corpus n. 100.362¹¹ o Ministro Celso de Melo afirma que vedação compulsória caracteriza “ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do *due process of law*, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da proibição do excesso”. Isso porque não há a menor compatibilidade entre presunção de inocência e prisão automática, pois a liberdade é a regra.

Desse modo, diante do excessivo número de prisões provisórias é evidente que a forma como o sistema penal tem tratado o princípio da presunção de inocência está equivocada e afeta diretamente os presídios brasileiros, colaborando com sua superlotação. Não se deve esquecer que uma parcela desses presos provisórios serão absolvidos ao final, ou seja, as prisões provisórias devem ser utilizadas com absoluto cuidado.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 103.449*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=104339&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

¹¹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 100.362*. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2695797>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

2. AS CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NOS PRAZOS DAS PRISÕES PROVISÓRIAS

A duração razoável do processo está prevista no art. 5º, LXXVIII¹², da Constituição Federal. Essa norma tem como objetivo garantir ao cidadão uma solução célere para os litígios, judiciais ou administrativos, de modo que o Estado tem como obrigação desenvolver o processo no menor tempo possível.

No âmbito do processo penal, é direito do réu ser julgado em prazo adequado, isso significa que o processo deve transcorrer sem dilatações indevidas. Capez¹³ ensina que devem ser evitadas questões demoradas e meramente protelatórias, devendo-se adotar a decisão mais rápida, em vez de ficar se aprofundando em questões polêmicas de difícil solução.

Essa celeridade processual é necessária, já que, além da possibilidade de absolvição, o próprio processo pode ser considerado uma pena. A simples existência do processo penal já traz ao acusado forte angústia e todo um estigma social por estar na posição de réu, estigma esse que se torna maior à medida que o processo se prolonga no tempo.

Lopes Jr.¹⁴ afirma ainda que a dilação indevida do processo fulmina diversas outras garantias como: a jurisdicionalidade, a presunção de inocência, o direito de defesa e o contraditório. A jurisdicionalidade é afetada porque, como dito, o processo se transforma em pena, mesmo sem sentença judicial. Na sequência, a presunção de inocência é afetada em razão do tempo ir aos poucos retirando a credibilidade da versão do acusado. Por fim, o direito de defesa e o contraditório são atingidos, pois com o decorrer do tempo torna-se mais difícil a produção de provas e a resistência processual.

Deve-se ter em mente, contudo, que essa celeridade deve sempre estar aliada à qualidade da prestação jurisdicional, uma vez que o processo judicial não pode ser veloz ao ponto de não observar as garantias fundamentais do acusado.

Ocorre que apesar de a Constituição Federal prever a duração razoável do processo como direito fundamental, não há no ordenamento jurídico uma definição exata de qual seria esse prazo razoável. O sistema brasileiro optou pela “doutrina do não prazo”¹⁵, o que esvazia o conteúdo da norma. O Código de Processo Penal traz alguns prazos para a prática de determinados atos, sem que haja qualquer tipo de sanção, tornando-os ineficazes. Em outras

¹² Idem. op. cit., nota 8.

¹³ CAPEZ, Fernando. op. cit., p.301.

¹⁴ LOPES JR., op. cit., p.78.

¹⁵ Ibidem, p.80.

palavras, é impossível saber quanto tempo irá durar um processo no sistema jurídico brasileiro, tendo-se como único limite a prescrição da pretensão punitiva.

Como corolário do princípio da duração razoável do processo, Nucci¹⁶ traz à baila o princípio implícito da duração razoável da prisão cautelar. Segundo o doutrinador, esse princípio orienta que ninguém deve ficar preso provisoriamente mais do que o tempo que for absolutamente imprescindível.

Entretanto, também não há previsão para o prazo de duração da mais comum das modalidades de prisão provisória, a prisão preventiva, regulada entre os artigos 311 e 316 do Código de Processo Penal. Assim, o princípio da duração razoável da prisão cautelar sofre do mesmo vício do princípio da duração razoável do processo, qual seja, o de falta de normatividade.

Diante da falta de parâmetros aptos a definir com o mínimo de concretude qual seria o prazo razoável para uma prisão cautelar, a jurisprudência pátria¹⁷ fixou, inicialmente, o prazo de 81 dias para a conclusão da instrução processual. Esse prazo se originou a partir do somatório de todos os demais prazos para cada ato considerado isoladamente.

Todavia, com a justificativa de que a realidade do sistema judiciário brasileiro, que sofre com um altíssimo número de processos em andamento, impossibilita o cumprimento do prazo de 81 dias, o Supremo Tribunal Federal modificou sua jurisprudência com o passar do tempo para entender que a razoável duração do processo deve ser avaliada conforme as particularidades de cada caso.¹⁸

Lopes Jr.¹⁹ e Nucci²⁰ afirmam que deve ser utilizado o princípio da razoabilidade, cabendo ao magistrado avaliar no caso concreto a necessidade da manutenção da prisão preventiva. Como é visível, mesmo com a aplicação deste princípio, a questão continua sem solução, pois ainda assim não há como determinar de uma maneira geral o que é considerado razoável, ficando-se evidente o abuso apenas em prazos extremamente longos.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 63.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 78.798. Relator: Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77976>> Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. HC n. 125.144. Relator: Ministro Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309816804&tipoApp=.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁹ LOPES JR., op.cit., p.82.

²⁰ NUCCI, op. cit., p. 63.

Essa falta de critérios rígidos abre espaço para abusos, como o ocorrido no Habeas Corpus n. 132.511²¹, no qual o STF entendeu não haver excesso de prazo em uma prisão preventiva que perdurava há 3 anos e 4 meses.

Não há provisoriedade em uma medida cautelar que dure três anos. Sequer o processo como um todo deveria demorar tanto tempo para uma sentença de primeiro grau, afinal, essa espera não interessa nem ao réu, nem a sociedade, pois se por um lado o acusado não quer sofrer as consequências de um processo penal, por outro a sociedade aguarda uma resposta rápida do Estado-juiz. As prisões provisórias devem ser decretadas pelo prazo estritamente necessário, não devendo ser utilizada como antecipação da pena. Ao acusado não pode ser imposta as consequências da falta de investimento estatal na estrutura do Poder Judiciário.

Em que pese a necessidade de diversas alterações na sistemática do processo penal para uma maior celeridade do processo como um todo, no tocante às prisões provisórias é fundamental uma alteração legislativa para que seja fixado um prazo máximo para essas medidas.

Durante a tramitação do PL n° 4.208/2001²², que deu origem a Lei n. 12.403/2011²³, responsável por regime das medidas cautelares, entre elas a prisão, houve uma tentativa frustrada de se estabelecer um prazo máximo de 180 dias para a prisão preventiva. Atualmente, há dois projetos apensados ao PL n° 8.045/2010²⁴, que trata do novo Código de Processo Penal, que também fixam prazos máximos para a restrição cautelar da liberdade. Contudo, até o momento a indefinição persiste.

Em síntese, é preciso que a duração razoável do processo seja efetivada para que a prisões cautelares possuam de fato um caráter provisório.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 132.511*. Relator para acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13019944>> Acesso em: 20 ago. 2017.

²² Idem. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n° 2.208/2010*. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558>. Acesso em: 10 set. 2017.

²³ Idem. *Lei n° 12.403, de 04 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁴ Idem. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n° 8.045/2010*. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 10 set. 2017.

3. A OBRIGATORIEDADE DE UMA REAL FUNDAMENTAÇÃO NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO E O FORTALECIMENTO DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS

A Constituição Federal, em seu artigo 93, IX, determina que toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Essa exigência de motivação é fundamental no Estado Democrático de Direito, pois a parte passa a saber qual a razão que levou o magistrado a decidir de determinada maneira.

A fundamentação das decisões é, inclusive, uma efetivação do princípio do contraditório, pois, segundo Câmara²⁵, este princípio não se resume apenas ao direito de falar, mas se estende também ao direito de ser ouvido. Significa dizer que a parte deve ter seus argumentos levados em consideração no momento da prolação da decisão.

Theodoro Jr.²⁶ ensina que:

é importante ter sempre presente que o contraditório assegurado pela Constituição compreende a possibilidade de efetiva influência de todos os sujeitos do processo (inclusive as partes) na formação do provimento pacificador do litígio. Sem a motivação adequada, não se poderá aferir se a sentença apreciou, realmente, as razões e defesas produzidas pelas partes, nem se permitirá o necessário controle do comportamento do julgador pelos interessados mediante mecanismos do duplo grau de jurisdição.

A fundamentação é responsável por dar legitimidade democrática à decisão judicial. Ela é uma ferramenta de controle do Poder Judiciário, tanto por parte dos interessados, como por parte de toda a sociedade.

Contudo, é necessário que essa fundamentação seja substancial. Deve haver uma análise concreta dos argumentos e provas trazidas aos autos, não bastando mera menção e apontamento a documentos ou ato normativo.

Atento a isso, o Código de Processo Civil de 2015 repetiu a exigência constitucional de fundamentação das decisões em seu art. 11 e trouxe uma norma, esculpida em seu art. 489, §1, que proíbe a prolação de decisões falsamente fundamentadas, isto é, decisões que não são devidamente motivadas. Assim, não se consideram fundamentadas as decisões que (I) meramente indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo; (II) empregar conceito jurídico indeterminado; (III) invocar motivos que poderiam ser utilizados em qualquer outra decisão;

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p.15.

²⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – v. I*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.143.

(IV) não apreciar todos os argumentos trazidos pelas partes; (V) apenas invocar precedentes ou súmula e; (VI) não observar precedente ou súmula.

Apesar dessas diretrizes se encontrarem na esfera do processo civil, que, em regra, lida com direitos disponíveis, devem ser elas aplicadas, com mais razão ainda, no processual penal, que trata de liberdade.

No processo penal a motivação das decisões é uma garantia do réu, visto que é uma forma de limite ao poder do *jus puniendi*. O Estado-Juiz deverá demonstrar concretamente o porquê da aplicação da sanção e sua legalidade.

Lopes Jr.²⁷ explica que:

o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade e, principalmente, de limite ao poder, e nisso reside o núcleo da garantia.

No âmbito das prisões provisórias, por se tratarem de medidas de extrema excepcionalidade, deveriam as decisões apontar exatamente quais os fundamentos utilizados.

O art. 282, §6 do Código de Processo Penal determina que a prisão preventiva só é cabível quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar. O art. 310, II, do mesmo diploma, prossegue na mesma linha e dispõe que a prisão em flagrante só deverá ser convertida em preventiva se presentes os requisitos e se as demais medidas cautelares se revelarem inadequadas ou insuficientes. Isso demonstra a excepcionalidade da medida.

Contudo, o que se vê na prática são inúmeras decisões que se limitam a invocar conceitos vagos, especialmente “ordem pública” e “risco de reiteração”, e a afirmar que outras medidas cautelares são incabíveis.

Apenas como um entre infindáveis exemplos, é possível citar o Habeas Corpus nº 396.969/SP²⁸ em que uma prisão preventiva é mantida com base nos seguintes fundamentos:

o crime de tráfico de drogas é grave e vem causando temor à população obreira, em razão de estar relacionado ao aumento da violência e criminalidade, estando, muitas vezes, ligado ao crime organizado. Além disso, é fonte de desestabilização das relações familiares e sociais, gerando, ainda, grande problema de ordem de saúde pública em razão do crescente número de dependentes químicos.

²⁷ LOPES JR., Aury. op.cit., p.879.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 396.969/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75376994&num_registro=201700902558&data=20170830&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 11 set. 2017.

Com uma motivação tão vaga, a decisão dá a entender que todo acusado pelo crime de tráfico de drogas deve automaticamente ser preso de forma preventiva. Não há nenhuma menção concreta à necessidade da prisão. Mais do que isso, essa mesma decisão poderia ser usada em qualquer outro processo.

O Ministro prossegue afirmando que há receio de reiteração delitiva, simplesmente porque o réu possui uma passagem pela Fundação Casa, quando ainda era menor. Nesse caso, por que não aplicar outra medida cautelar prevista no art. 319, do CPP como monitoração eletrônica?

Também merece destaque o absurdo caso do juiz que decretou uma prisão em uma espécie de formulário, com a simples oposição de um X nos locais indicados²⁹, sem qualquer referência concreta ao caso em análise.

Apesar desse caso demonstrar um exagero, é possível utiliza-lo como símbolo de como as decisões que decretam prisões provisórias estão sendo tratadas pelos tribunais no país.

Como já visto, as prisões provisórias são responsáveis por parte do problema que se tornou o sistema prisional. Grande parte disso decorre da banalidade em que essa medida de se tornou.

Não pode o juiz se utilizar desse instrumento para antecipar uma possível pena ou para resolver problemas de segurança pública. A presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* deve ser analisada e demonstrada de forma rígida, em razão da excecionalidade da medida.

Além de mudanças legislativas, algumas já apontadas, deve haver uma mudança cultural no pensamento dos juízes.

As medidas cautelares diversas da prisão devem ser levadas a sério e é preciso que a fundamentação para sua não aplicação seja efetiva. O art. 282, §6º, do CPP³⁰ merece uma melhor observância e aplicabilidade pelos juízes.

A crise no sistema prisional deve ser enfrentada com a observância e efetivação de princípios e garantias fundamentais, em especial a presunção de inocência. Dentro do atual sistema constitucional, não há espaço para que as prisões provisórias sejam a regra.

²⁹ STRECK; Lenio Luiz. *Senso incomum*: E o juiz decretou a prisão marcando um X! Sentença ou “quiz show”? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/senso-incomum-juiz-decretou-prisao-marcando-sentenca-ou-quiz-show>>. Acesso em: 11 set. 2017.

³⁰ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso: em 10 out. 2017.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa analisou o atual cenário do sistema prisional brasileiro e uma das principais causas de sua crise. Foi verificado que a superlotação é um grave problema que acomete diversos estabelecimentos prisionais em todo país, pois cria um ambiente propício para todo o tipo de violação de direito dos presos.

Apesar da existência dos princípios constitucionais da liberdade e da presunção de inocência a decretação de prisão provisória ainda é altíssimo o número de prisões provisórias, colaborando diretamente na superlotação.

Essas modalidades de prisão, por se tratarem de uma medida cautelar, deveriam ser utilizadas apenas como uma garantia do desenvolvimento do processo. Contudo, na prática, elas vêm sendo utilizadas como verdadeiras antecipações de pena, sendo decretadas de forma quase automática em determinados crimes, principalmente os que envolvem maior clamor social.

Esta pesquisa apresentou algumas soluções para que o problema seja solucionado ou, pelo menos, atenuado. Não é aceitável que um Estado Democrático de Direito viole direitos humanos fundamentais de milhares de pessoas simultaneamente, deixando-os em condições degradantes.

Inicialmente, é necessária uma mudança na mentalidade do Poder Judiciário para que o já citado princípio da presunção de inocência seja efetivado e os requisitos para a prisão provisória sejam utilizados de forma mais rígida, avaliando se de fato há a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

No segundo capítulo foi analisada a consequência da inobservância da duração razoável do processo nas prisões provisórias. Em razão de as prisões provisórias (e do processo como um todo) não possuírem prazo máximo determinado na lei, algumas delas chegam a durar anos, retirando quase que por completo seu caráter cautelar. Foi apresentado um caso em que uma prisão durou 3 anos e 4 meses.

A ausência de concretude do princípio da razoável duração do processo e a chamada “doutrina do não prazo” deixa o réu à mercê da vontade do julgador e do andamento do processo.

Como solução foi proposta uma mudança legislativa no sentido de fixar prazo máximo para as prisões provisórias.

Por fim, o estudo avaliou a fundamentação das decisões que decretaram prisões provisórias. É preciso que essas decisões possuam uma fundamentação real que analisem de forma individual a necessidade da medida. A obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, além de estar prevista na Constituição Federal, por meio do art. 93, IX, é um instituto que dá legitimidade a atuação do Estado-juiz.

Além disso, os magistrados devem justificar detalhadamente o porquê da não aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Assim, fica evidente que é imprescindível diversas mudanças para que os estabelecimentos prisionais possam ser aptos a cumprir seu objetivo de ressocialização e que novas barbáries tornem a ocorrer.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.208/2010*. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.045/2010*. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. *Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12403.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347/MC /DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 100.362*. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2695797>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 103.449*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3864232>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 78.798*. Relator: Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77976>> Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 125.144*. Relator: Ministro Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309816804&tipoApp=.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 132.511*. Relator para acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13019944>> Acesso em: 20 ago. 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 396.969/SP*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700902558>> Acesso em: 11 set. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARTA CAPITAL. *Carnificina em presídios deixou mais de 130 mortos neste ano*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/carnificina-em-presidios-deixou-mais-de-130-mortos-neste-ano>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

CARRAMILO, Clarissa. *Promotor denuncia caso de canibalismo no Presídio de Pedrinhas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2015/10/promotor-denuncia-caso-de-canibalismo-no-presidio-de-pedrinhas.html>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

STRECK; Lenio Luiz. Senso incomum; *E o juiz decretou a prisão marcando um X! Sentença ou quiz show*? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/senso-incomum-juiz-decretou-prisao-marcando-sentenca-ou-quiz-show>>. Acesso em: 11 set. 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.143.