

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

**PRISÃO CAUTELAR, MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA
PRISÃO E LIBERDADE PROVISÓRIA NA VISÃO DAS CÂMARAS
CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO EM CRIME DE ROUBO BIQUALIFICADO**

Bianca Pagliuso Paleckis

Orientador: Prof. Dr. Cláudio do Prado Amaral

RIBEIRÃO PRETO

2014

Bianca Pagliuso Paleckis

Nº USP 7128158

PRISÃO CAUTELAR, MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E LIBERDADE PROVISÓRIA NA VISÃO DAS CÂMARAS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO EM CRIME DE ROUBO BIQUALIFICADO

Trabalho de conclusão de curso anual apresentado como parte dos requisitos necessários para cumprimento da disciplina DFB9001 – Trabalho de Conclusão de Curso.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio do Prado Amaral – Departamento de Direito Público

RIBEIRÃO PRETO

2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Paleckis, Bianca Pagliuso.

Prisão Cautelar, Medidas Cautelares Diversas da Prisão e Liberdade Provisória na visão das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em crime de roubo bqualificado – Ribeirão Preto, 2014.

69 p.; 30 cm.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: AMARAL, Cláudio do Prado.

1. Prisão Cautelar.
2. Medidas Cautelares Diversas da Prisão.
3. Roubo Qualificado.
4. Câmaras Criminais.
5. Tribunal de Justiça.

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

BIANCA PAGLIUSO PALECKIS

**PRISÃO CAUTELAR, MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA
PRISÃO E LIBERDADE PROVISÓRIA NA VISÃO DAS CÂMARAS
CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EM CRIME DE ROUBO BIQUALIFICADO**

Apresentado em 2014

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cláudio do Prado Amaral (Orientador)

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Aos amigos e familiares pelo apoio incondicional oferecido.

Primeiramente, agradeço aos meus pais pela vida concebida e o suporte emocional e financeiro em todos os meus projetos.

Em seguida, ao Prof. Dr. Cláudio do Prado Amaral que me orientou com dedicação e paciência, em todos os momentos desse longo ano.

A todos os docentes da FDRP que possibilitaram que eu chegasse até aqui.

Às minhas irmãs, que viram de perto todas as dificuldades pelas quais passei.

Aos meus amigos, que passaram por tudo isso junto comigo, sempre ao meu lado.

RESUMO

O Processo Penal brasileiro é o reflexo daqueles que o dirigem e nele atuam. A figura do juiz no centro de tomada de decisões relativas ao futuro daquele que está sendo acusado deve ser constantemente analisada e avaliada para que seus excessos sejam combatidos e limitados e seu sucesso seja amplamente celebrado. O guia dos atores do Processo Penal deve ser justamente a legalidade de seus atos, visto que as consequências de atitudes arbitrárias e vaidosas podem ser fatais na vida do acusado. Isso não significa um engessamento na atuação de magistrados, promotores e defensores, apenas um cumprimento do quanto estabelecido em lei a fim de garantir os direitos dos acusados e condenados, como quis o Legislador. A busca pelo equilíbrio entre o dever de punir e os direitos de quem está sendo punido é árdua, porém deve ser feita para que, cada vez mais, se possa praticar o que foi idealizado em nossa Constituição Federal. Sendo assim, essa busca começa nos bancos acadêmicos por meio de pesquisas doutrinárias e empíricas para esboçar as mudanças que tanto queremos conquistar. Esse trabalho se presta a mais um passo nessa direção.

Palavras-chave: 1. Prisão Cautelar. 2. Medidas Cautelares Diversas da Prisão. 3. Roubo Qualificado. 4. Câmaras Criminais. 5. Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The Criminal Procedure in Brazil is the reflex of its leaders and those who act within its boundaries. The judge is the main figure to take decisions that will affect the future life of the defendant. That is why the process must be constantly analyzed and evaluated in order to restrict and oppose transgressions and celebrate the accomplishments. The guide of Criminal Procedure must be legality of its acts and procedures because the consequences of arbitrary and vain attitudes may be disastrous to the accused's life. It doesn't mean to predetermine the activity of judges, prosecutors and defenders, but it does mean to apply the law to ensure the rights and guarantees of the accused and sentence in the way the Legislator forecasted. To find the right balance between the duty to punish and the rights of the one being punished is tough, but an essential part of our necessary commitment to the Federal Constitution. Thus, the search for this balance may start in the academic benches by doctrinal and empirical research to design the search we claim to achieve. This work may be one step forward into that direction.

Key-words: 1. Precautionary Prison. 2. Precautionary Measures Diverse from Prison. 3. Qualified Theft. 4. Criminal Assembly. 5. Court of Justice.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Análise da 1 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	42
Tabela 2: Análise da 2 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	43
Tabela 3: Análise da 3 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	43
Tabela 4: Análise da 4 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	44
Tabela 5: Análise da 5 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	45
Tabela 6: Análise da 6 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	45
Tabela 7: Análise da 7 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	46
Tabela 8: Análise da 8 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	47
Tabela 9: Análise da 9 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	47
Tabela 10: Análise da 10 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	48
Tabela 11: Análise da 11 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	48
Tabela 12: Análise da 12 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	49

Tabela 13: Análise da 13 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	49
Tabela 14: Análise da 14 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	50
Tabela 15: Análise da 15 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	50
Tabela 16: Análise da 16 ^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	51

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Análise da proporção entre o número de acórdãos analisados e o número de prisões preventivas mantidas ou decretadas e de liberdades provisórias concedidas em cada Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	38
Gráfico 2: Análise da proporção entre o número de acórdãos analisados e o número de prisões preventivas mantidas ou decretadas e de liberdades provisórias concedidas em todas as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	39
Gráfico 3: Proporção dos argumentos abstratos utilizados em todas as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para decretação ou manutenção da prisão preventiva.....	52

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. História da prisão: da prevenção à sanção no cometimento do delito	15
2. Teoria das medidas cautelares processuais penais	18
2.1 Medidas cautelares não privativas de liberdade até 2011	19
2.2 Princípios Constitucionais	21
2.3 Pressupostos de qualquer medida cautelar.....	24
2.4 Requisito de qualquer medida cautelar	25
2.5 Espécies de medidas cautelares penais.....	28
3. A prisão preventiva entre o discurso teórico e a prática forense	29
4. O crime de roubo qualificado é um emblema de violência urbana.....	32
5. Prisão cautelar, medidas cautelares diversas da prisão, e liberdade provisória na visão de cada uma das dezesseis Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em Habeas Corpus ou Recurso em Sentido Estrito de crime de roubo biqualificado	36
5.1 Análise das Tabelas referentes a cada Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	41
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma pesquisa aplicada, tendo em vista uma utilização prática. Trata-se de estudo exploratório acerca do comportamento das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a fim de determinar o padrão de cada Câmara ao conceder a liberdade provisória, decretar a prisão preventiva ou aplicar medidas cautelares diversas da prisão preventiva em sede de *Habeas Corpus* ou Recurso em Sentido Estrito para os crimes de roubo biqualificado.

Deve-se ter em mente que este não é um trabalho sobre Teoria da prisão cautelar ou das medidas cautelares pessoais, mas sim, um trabalho de viés empírico que pretende buscar a frequência com que se utilizam as medidas alternativas à prisão preventiva essa que, em regra, só deve ser usada em casos extremos que estejam de acordo com as condições estabelecidas na lei.

Pretende-se mensurar a proporção entre as concessões de liberdade provisória, utilização da prisão preventiva e de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva para assim, verificar o uso indiscriminado e desnecessário (ou não) da prisão preventiva.

Existem indícios de que a prisão preventiva vem sendo utilizada como regra e não como exceção.

Com a presente pesquisa poderemos chegar a conclusões importantes a respeito da constitucionalidade da aplicação dessas medidas, contornando o perfil daqueles órgãos jurisdicionais.

O tema é de extrema importância para o Direito Processual Penal e para o Direito de maneira geral, por se tratar de possível violação ao Princípio da excepcionalidade da prisão cautelar estabelecido constitucionalmente por um Estado democrático de Direito. Além disso, trata-se de questão polêmica que divide os grupos sociais em lados opostos sendo que uns buscam maior rigor na aplicação de medidas punitivas, enquanto outros buscam abrandamento e medidas alternativas à prisão.

Cumpre demonstrar que a prisão cautelar é largamente utilizada pelos magistrados no contexto em que vivemos no Brasil. Assim, seria conveniente conceituá-la. A começar por prisão, que, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci

seria “a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”. (NUCCI, 2011, p. 605)

Já a cautelaridade se traduz, segundo o mesmo autor, na “constrição do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei”. (NUCCI, 2011, p. 605)

Deve-se considerar, no entanto, que seu uso excessivo se dá pelo fato de que há uma má compreensão em seu significado pela mídia e pela sociedade como um todo. Conceituar a prisão cautelar pode ser fácil, mas realmente entendê-la tornou-se uma tarefa mais complexa na nossa sociedade, havendo falta de sintonia entre o que se leciona nas universidades de Direito e a prática dos aplicadores deste mesmo Direito.

A prisão tem um significado social muito distinto do seu significado jurídico. Trata-se de um calmante social aos olhos da população que espera punição imediata ao acusado, sem que este tenha sido condenado. Isso porque, ver imediatamente preso aquele que cometeu um delito gera a ilusão de que a impunidade está sendo combatida.

O que não se sabe é que, aquele que é inserido no processo penal está diante de uma situação absolutamente nova e cheia de mistérios e incógnitas e submeter aquele que ainda não foi condenado a tal situação pode acarretar sérias consequências tanto na vida do preso, quanto para a sociedade como um todo, que verá os reflexos desse encarceramento prematuro a longo prazo em suas ruas. Como bem descrevem os autores Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró,

A profissionalização da justiça e a estrutura burocrática que foi implantada devido também à massificação da criminalidade fazem com que o sujeito passivo tenha que se submeter a um mundo novo e desconhecido. Isso sem considerar o sistema penitenciário, que, sem dúvida, é um mundo à parte, com sua própria escala e hierarquia de valores, linguagem etc. (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 63).

A aplicação da prisão cautelar tende a se basear na gravidade abstrata do delito, mesmo já tendo sido superado este instituto em meados da década 70, por se tratar de “medida odiosa” no Ordenamento Brasileiro. (TOURINHO, 1975, v. III, p. 285).

O arbítrio do juiz é decisivo na decretação da prisão preventiva (pois é ele quem interpreta a lei e a aplica ao caso concreto, determinando a sua necessidade). No entanto, o arbítrio há de ser limitado pela gravidade concreta do delito, não podendo a prisão preventiva ser decretada com fundamento na gravidade abstrata do delito, pois como é sabido, tal medida tem caráter excepcionalíssimo, consignado no art. 5º, inc. LXVI da Constituição Federal¹ e art. 282, §6º do Código de Processo Penal² em função de frustrar Princípios Constitucionais protetivos do indivíduo.

Busca-se com este trabalho averiguar justamente de que maneira os magistrados vêm interpretando os mandamentos constitucionais acerca desse tema, medindo a frequência com que as medidas cautelares alternativas à prisão, ferramentas de extrema importância para o Processo Penal, vêm sendo utilizadas.

¹ Art. 5º Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

² Art. 282, §6º, Código de Processo Penal: A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

1. História da prisão: da prevenção à sanção no cometimento do delito

A história da prisão inicia-se na Antiguidade quando a prisão tinha a função de manter detidos aqueles que estavam sendo julgados, a fim de que não fugissem enquanto aguardavam o julgamento. Não havia aí a ideia de um caráter punitivo ou sancionatório, mas sim, um caráter preventivo. A prisão pena não existia. As penas aplicadas aos que fossem condenados eram a morte ou tratamentos desumanos e crueis, não havendo a ideia de confinamento como forma de punição do delinquente. (GECAP-USP, [2012]).

Mais adiante, na Idade Média, também se entendia que a prisão era local a se aguardar o julgamento. A Inquisição utilizava a prisão como um local de custódia. No entanto, nasce de maneira muito sutil nesse período a ideia de prisão pena, ou seja, prisão como meio de sancionar aquele que teve uma condenação criminal que não tivesse sido tão grave a ponto de sofrer mutilações ou mesmo a morte. (GECAP-USP, [2012]).

Foi nessa época, por meio da Igreja medieval, que ocorreu uma transformação fundamental da prisão como prevenção de fuga em prisão como punição, já que a Igreja defendia ser a prisão um local para a correção do espírito e reconciliação com Deus. Nesse contexto, a Inquisição foi responsável ainda por colocar na prisão aqueles que cometessem pequenas heresias, algo raro, já que normalmente os hereges eram punidos de maneira cruel e até mesmo com a morte. (GECAP-USP, [2012]).

A prisão canônica é, portanto, importante antecedente da prisão moderna, pois, nas palavras de Aury Lopes Jr.,

é lá que se encontram os princípios de uma “ pena medicinal”, com o objetivo de levar o pecador ao arrependimento e à ideia de que a pena não deve servir para destruição do condenado, senão para seu melhoramento (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 54)

Foi somente com o advento das Grandes Navegações e as Revoluções Sociais dos sécs. XVI e XVII que se passou a questionar publicamente as penas

capitais e sua pouca ou inexistente efetividade, já que não continham a crescente criminalidade. Foi naquele cenário que se desenvolveu a prisão como pena privativa de liberdade. Assim, nasceu a separação dos conceitos de prisão pena e prisão não pena. (GECAP-USP, [2012]).

Diante dessa separação, o espetáculo da punição passou a diminuir gradativamente, e a ideia de um Estado violento passou a ser combatida. A descoberta da verdade passou a se tornar necessária e a aplicação da sanção penal passou a ser algo vergonhoso. A apuração do crime passou a ser pública e a punição, por sua vez, discreta. A finalidade da pena não é mais vingança e punição com uso de práticas desumanas, mas sim a reinserção social e a recuperação do delinquente. (CHIAVERINI, 2009, p. 79).

Especialmente na segunda metade do séc. XVII, inicia-se um movimento de construção de prisões organizadas para a “correção dos apenados através do trabalho e da disciplina”, surgindo as chamadas *workhouses* inglesas e as *rasphuis* e *spinthis* holandesas. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 55).

É claro que essa mudança de ideologia teve base na necessidade de força de trabalho humano na Europa que, naquele momento, sofria decréscimos populacionais por conta de inúmeras guerras ocorridas naquele território. Assim, o delinquente não deveria ser morto, mas sim, transformado em mão de obra ativa a fim de compensar o delito por ele cometido. A vida humana passou a ter valor econômico, sendo esse argumento o grande divisor de águas entre a prisão pena e a prisão não pena. (CHIAVERINI, 2009, p. 81).

É com o movimento Iluminista, que exerceu forte influência sobre todos os ramos da sociedade que teve seu auge na França do séc. XVIII, que o processo penal passou a ser baseado em um tratamento mais humanitário, com revisão dos Códigos Criminais que até então impunham penas desumanas e castigos cruéis. Passou a haver maior preocupação em relação aos direitos dos cidadãos frente ao Estado. (CHIAVERINI, 2009, p. 92).

A popularidade das prisões pena nos países católicos nesse período se deu por conta da ideologia por ela pregada, qual seja, a ideia de que o ser humano deveria se arrepender de seus pecados, pedir perdão e ser perdoado por Deus,

sendo este o gatilho necessário para a disseminação deste instituto. Utilizava-se a prisão para manter isolados aqueles que cometessem delitos menos graves, a fim de que o delinquente corrigisse seu espírito e se reconciliasse com Deus. (CHIAVERINI, 2009, p. 92).

Já no Século XX, especialmente após as atrocidades testemunhadas durante as duas Grandes Guerras Mundiais, iniciou-se uma busca crescente pela valorização do ser humano como indivíduo e de seus direitos fundamentais. Diante deste contexto, passou a ser imprescindível a verificação de medidas cautelares alternativas à prisão a serem aplicadas na fase anterior à condenação, para coibir qualquer tipo de abuso aos direitos humanos e promover a sua garantia.

O entendimento passa a ser o de que a prisão cautelar é adequada como última *ratio*, podendo ser utilizada somente nos casos previstos em lei, quando nenhuma outra medida se mostre suficiente para acautelar o processo penal.

Pertinente mencionar que esse novo entendimento é extremamente recente, já que no Brasil, até meados da década de 70, a prisão cautelar era baseada somente na gravidade abstrata do delito, não havendo necessidade de se considerar o caso concreto e as circunstâncias específicas, sendo requisito somente que a pena cominada ao crime fosse de reclusão por tempo igual ou superior a dez anos. (TOURINHO, 1975, v.III, p. 284).

Importante destacar que ao longo da História a pena foi se desenvolvendo em vistas de substituir a vingança privada, “não como evolução, mas como negação, pois a história do Direito Penal e da pena é uma longa luta contra a vingança”. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 55).

2. Teoria das medidas cautelares processuais penais

O processo é o meio pelo qual se busca a satisfatibilidade de uma prestação jurisdicional. Pode ser um processo de conhecimento, um processo de execução ou uma cautelaridade aplicada por meio de medidas cautelares.

Não é o processo cautelar penal autônomo de maneira independente em relação ao processo de conhecimento ou de execução. Pelo contrário, deve estar relacionado a algum outro processo para que possa existir. Seria então, autônomo, porém dependente, ou seja, ligado a outro que permita a sua existência.

O processo cautelar, além de dependente, conta ainda com a necessidade de urgência, sumariedade na cognição e provisoriação, sendo esta última relativa ao surgimento ou não da providência definitiva que se buscou com a ação cautelar. (FERNANDES, 2002 p. 298)

Assim, o que se busca com um processo cautelar é a possibilidade de aplicação de medidas cautelares, divididas em três tipos no ordenamento jurídico brasileiro quais sejam, pessoais, de natureza civil ou relativas à prova.

Importante mencionar que neste estudo nos preocuparemos apenas com as medidas cautelares pessoais, de caráter processual penal, estando as medidas cautelares de natureza civil e relativas à prova fora do nosso objeto de análise.

Válido lembrar que a prisão em flagrante, até então considerada medida cautelar, passou a ser pré-cautelar. Isso porque,

a prisão em flagrante tem duração precária e sua natureza é preparatória para a aplicação de uma das medidas cautelares previstas no C.P.P. Não é mais considerada uma medida cautelar de natureza pessoal. A partir da Lei nº 12.403/2011, a prisão em flagrante passa a ter disciplina semelhante àquela do processo penal italiano, onde é chamada de medida pré-cautelar (PISANI apud AMARAL; SILVEIRA, 2011, p.38)

As medidas cautelares pessoais (objeto desse estudo) por sua vez, são divididas em prisão cautelar (que corresponde às prisões preventiva, domiciliar e temporária) e medidas cautelares não privativas de liberdade, ou alternativas à prisão (que correspondem ao comparecimento em juízo e a fiança, por exemplo).

Segundo o professor Scarance, as medidas cautelares são necessárias, pois

No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado (FERNANDES, 2002, p. 298).

É justamente esse intervalo que enseja a necessidade de aplicação das medidas cautelares. No entanto, deve haver uma dosagem proporcional entre o risco de sucederem esses eventos que comprometam a atuação jurisdicional e a medida cautelar a ser aplicada.

No entanto, especialmente as medidas cautelares privativas de liberdade diante de “necessidades” diversas, como o perigo de fuga, risco de deterioração das provas, gravidade do delito e a necessidade de se prevenir o cometimento de outros delitos, acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal clássico.

2.1 Medidas cautelares não privativas de liberdade até 2011

No Brasil, havia pouquíssimas medidas cautelares não privativas de liberdade até 2011. Suas principais representantes eram a proibição de se ausentar da comarca, comparecimento a todos os atos do processo, a permanência do réu no mesmo endereço e fiança.

Foi com a Lei nº 12.403 de 04 de Maio de 2011 que novas medidas cautelares não privativas de liberdade foram criadas e seu

objetivo foi aprimorar o processo penal sob o ponto de vista de uma prestação jurisdicional mais democrática, humana e racional, e ao mesmo tempo, menos seletiva e inquisitiva (...) na medida em que proclama princípios processuais penais da mais alta dignidade constitucional (AMARAL; SILVEIRA, 2011, p. 02)

Dispõe o artigo 1º da Lei que estabelece mudanças no Art. 310 do Código de Processo Penal:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; (BRASIL, 1941)

Diante disso, verifica-se uma forte inversão de princípios processuais penais proclamados pela nova Lei. Forte crítica era feita pela doutrina em função das poucas medidas cautelares não privativas de liberdade existentes no Brasil antes da mencionada Lei. Isso porque antes da Lei, aquele que fizesse parte do sistema penal cautelar estaria submetido ao “tudo ou nada”, pois haveria apenas duas alternativas liberatórias, a saber, relaxamento da prisão em flagrante ou concessão de liberdade provisória com ou sem vínculos (AMARAL; SILVEIRA, 2011, p. 04).

Tanto é presente essa inversão que a própria redação do Título IX do Código de Processo Penal foi modificada de “DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA” para “DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”, demonstrando a possibilidade de uma situação intermediária entre o “céu e o inferno” para o acusado. Oportuno destacar que as “medidas cautelares” a que se refere o Título IX são aquelas diversas da prisão preventiva, já que “prisão cautelar” e “liberdade provisória” constantes do mesmo Título, também são medidas cautelares (AMARAL; SILVEIRA 2011, p. 04).

Parte da doutrina, no entanto, acredita serem, as medidas cautelares alternativas à prisão, pouco eficientes, pois não haveria a fiscalização necessária a ensejar seu cumprimento, ou ainda, que tais medidas levariam a soltura de um elevado número de presos e que o sentimento de impunidade na população aumentaria.

Deve-se esclarecer que essas medidas, além de serem benéficas para o acusado, também o são para a sociedade e para o sistema, pois se não há maneira de se fazer uma fiscalização eficiente, tão pouco há maneira de se abrigar mais presos no sistema carcerário, sendo as medidas cautelares não privativas de liberdade aptas a diminuir a superlotação nos presídios por acusados que sequer foram condenados.

Mais do que isso, aqueles que forem condenados de maneira definitiva serão recolhidos à prisão, não havendo, portanto, a impunidade suscitada por alguns. Além disso, o acusado que tem uma das medidas alternativas determinadas para si teme a condenação, sendo por isso, elevada a probabilidade de que ele cumpra tal medida.

Aquele que se encontra preso quando não há real necessidade, volta para a sociedade com técnicas para delinquir muito piores, levando para fora dos presídios a criminalidade ali aprendida.

Por essas razões grande parte da doutrina acredita que as medidas cautelares não privativas de liberdade possam contribuir para a celeridade do processo penal e para que se evitem prisões que, posteriormente, se descubram desnecessárias ou ainda, ilegais.

2.2 Princípios Constitucionais

Segundo Aury Lopes Jr., o processo penal é instrumento de efetivação das garantias constitucionais. Ele deve ser aplicado a partir da Constituição e não de maneira contrária. O mesmo autor cita J. Goldschmidt (1935, p. 7 apud LOPES JÚNIOR, 2013, p. 60) que acredita ser o processo penal o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição. Assim, uma Constituição democrática, como a brasileira, deve corresponder a um direito penal também democrático a serviço das garantias constitucionais do indivíduo.

Sendo assim, é com base no Princípio Constitucional da Excepcionalidade da Prisão Preventiva, contido na Constituição Federal em seu art. 5º, inc. LXVI que se impõe a aplicação das medidas cautelares não privativas de liberdade em lugar da prisão preventiva. Aos acusados que necessitarem de medidas acautelatórias é de rigor que se opte pela aplicação das não privativas de liberdade, devendo a prisão preventiva ser aplicada apenas em casos que preencham todos os requisitos e em que não haja medida alternativa correspondente enunciada pela lei.

Assim, fica muito claro que a prisão preventiva só deverá ser decretada em casos excepcionais, pois não houve condenação do acusado que terá sua liberdade

cerceada. A prisão preventiva não pode se prestar a antecipar a pena, pois como bem definiu Victor Moreno Catena, “sob nenhum ponto de vista, pode atribuir-se a prisão provisória a função de antecipar a pena, nem por um prisma sancionatório, nem pelo prisma da perspectiva intimidadora ou exemplar”. (CATENA apud AMARAL; SILVEIRA, 2011, p. 15)

A esta ideia está intimamente ligado outro princípio constitucional, o chamado Princípio da Jurisdicionalidade, presente no art. 5º, inc. LIV da nossa Magna Carta. Ele estabelece que “ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal”, devendo haver processo prévio à prisão.

A Constituição Federal traz também, em seu bojo, no art. 5º em seu inciso LXI, a necessidade de que a prisão seja decretada apenas por autoridade judiciária competente, com motivação fundamentada. Há apenas exceção para os crimes militares e a prisão em flagrante, devendo esta última ser comunicada imediatamente à autoridade judiciária competente.

Outro princípio basilar de nossa Constituição Federal é o Princípio da Presunção de Inocência contido no inc. LVII do art. 5º, que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Diz a Declaração dos Direitos do Homem de 1989 que devemos ter clara a função da prisão preventiva, qual seja, a cautelaridade em face das circunstâncias do caso concreto e, jamais a função de punir o indiciado diante do suposto delito cometido. (FERNANDES, 2002, p. 300-1).

“Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”. (FERRAJOLI, 2010, p. 506).

Dessa forma, a presunção de inocência e as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade devem servir de limite democrático à “abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial”. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 786).

Ainda assim, preleciona o professor Júlio Fabbrini Mirabete no sentido de que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a presunção de inocência não está ligada ao Direito Processual Penal:

a presunção de inocência (Constituição Federal, Art. 5º, LVII) é relativa ao Direito Penal, ou seja, a respectiva sanção somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não alcança os institutos do Direito Processual, como a prisão preventiva. Esta é explicitamente autorizada pela Constituição da República (Art. 5º, LXI).

Isso enseja importantíssima diferenciação entre os dois “tipos” de presos no Sistema Penal Brasileiro. O primeiro deles é aquele que foi processado criminalmente, julgado e condenado por sentença transitada em julgado a uma pena privativa de liberdade, sendo assim “preso definitivo”, pois deve cumprir sua pena para que possa retornar ao convívio social. Já o segundo se dá quando o preso é inocente, porém aguarda seu julgamento na prisão, sendo um “preso provisório”. (GECAP-USP, [2012]). Está preso por questões processuais ou de interesse público e não por ter cometido o fato objeto da acusação.

Assim, este segundo tipo de preso só poderá estar aprisionado por motivos de interesse público que gerem essa necessidade. Esses motivos devem ser analisados com parcimônia, já que excepcionam tantos Princípios constitucionais tão caros em nosso ordenamento. As condições legais devem ser seguidas de maneira rigorosa ao se impor o cárcere a esse segundo tipo de preso. Diz-se inclusive, que o preso cautelar está em situação pior que a do preso definitivo, pois este último não tem sequer, a possibilidade de regime semiaberto ou saídas temporárias, benefícios concedidos aos presos definitivos. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 800).

Parte da doutrina acredita que, apesar de legalmente previsto, motivar a prisão preventiva em interesse público “seria uma verdadeira medida de segurança, com antecipação da pena”. (FERNANDES, 2002, p. 302).

Nesse mesmo sentido leciona o professor Scarance, ao dizer que a tendência da legislação processual penal no Brasil, após a Constituição de 1988, foi no sentido de restringir ainda mais a liberdade do indivíduo, chegando inclusive a vedar a liberdade provisória para crimes hediondos. (FERNANDES, 2002, p. 332).

Isso gerou abissal afastamento da sociedade do ponto de equilíbrio entre a Constituição “cidadã” e a legislação processual penal, ou seja, entre liberdade individual e segurança social.

Scarance ainda esclarece que a doutrina procurou esse equilíbrio ao interpretar que nenhuma lei ordinária poderia impedir a liberdade provisória, pois estaria ferindo a própria Constituição. No entanto, não foi essa a inclinação da jurisprudência, que afirmou a constitucionalidade da nova legislação restritiva. (FERNANDES, 2002, p. 332).

Ressalta o mesmo autor que o Supremo Tribunal Federal sofreu mudanças na orientação anterior, possibilitando a soltura do acusado que pagar a fiança em caso de recurso especial ou extraordinário, restando demonstrada a dificuldade em se encontrar o mencionado equilíbrio. (FERNANDES, 2002, p. 333).

Além disso, pertinente analisar também, o princípio constitucional trazido no art. 5º, inc. LV, que assegura o contraditório e a ampla defesa aos litigantes em processo judicial. Nesse sentido orientou-se a Lei nº 12.403/2011 ao estabelecer o contraditório prévio à decretação de medidas cautelares, em seu §3º do art. 282, prestigiando mandamento basilar do nosso Estado democrático de direito. (BADARÓ, 2012, p. 720).

“Ainda que seja um ilustre desconhecido do sistema cautelar brasileiro, o contraditório é muito importante e perfeitamente compatível com algumas situações de tutela cautelar”. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 792).

2.3 Pressupostos de qualquer medida cautelar

Para que qualquer medida cautelar seja decretada, deve haver a presença de um pressuposto positivo, o *fumus commissi delicti*, combinado com o *periculum libertatis*, sendo esse último analisado no item 2.4 desse trabalho.

Frise-se que seria uma impropriedade jurídica afirmar a necessidade do *fumus boni iuris* no lugar do *fumus commissi delicti* para a decretação de prisão cautelar, pois como afirmar que o delito é a “fumaça do bom direito” quando na verdade ele é a negação do direito; sua própria antítese. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 787).

Para se decretar uma medida coercitiva, não se busca a “probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim, de um fato aparentemente punível”. Dessa maneira confirma-se que o requisito para decretação da medida cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, “enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito)”. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 787)

O *fumus commissi delicti* seria a verificação de elementos indicadores de existência do crime (indícios de materialidade) e da autoria. Sendo assim, a existência do crime seria uma prova (normalmente pericial) de que o delito ocorreu, e a autoria seria apenas indícios de que o acusado é o autor do delito, pois provas contundentes são exigidas apenas para uma condenação definitiva. (GECAP-USP, [2012]).

Ainda sobre o *fumus commissi delicti*, exigem-se sinais externos, com suportes fáticos, baseados em atos de investigação, que possibilitem um raciocínio lógico e desapaixonado capaz de deduzir a comissão de um delito. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 833).

A conduta deve parecer típica, ilícita e culpável, para que seja considerada crime, não podendo estar presentes os requisitos negativos do art. 23 do nosso Código Penal, que traz as causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, como estabelece o art. 314 do Código de Processo Penal. (CARNELUTTI apud LOPES JÚNIOR, 2013, p. 834).

2.4 Requisito de qualquer medida cautelar

O requisito para as medidas cautelares é o *periculum libertatis*, que seria o perigo, o risco de que estando o acusado solto, não haja correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva. Isso colocaria em risco a garantia da ordem pública, ou da ordem econômica, bem como a instrução criminal ou a aplicação da lei penal³, justificando-se assim, que um inocente seja preso provisoriamente. (FERNANDES, 2002, p. 301).

³ Art. 312 Código de Processo Penal.

Não se deve confundir o *periculum libertatis* com o *periculum in mora*, pois o risco não gira em torno da passagem do tempo (mora), mas sim da situação de perigo criada pela conduta do imputado. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 788).

Nas palavras de Lopes Jr.,

Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova). (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 788).

Além de presente este requisito, deve-se considerar ainda, a probabilidade de uma condenação para a interposição de uma medida cautelar penal, tendo-se em mente a proporcionalidade entre a medida e os termos dessa possível condenação. O novo artigo 282 do Código de Processo Penal enfatiza o princípio da proporcionalidade em sede processual penal evitando que o indiciado ou acusado vá do “céu ao inferno”, já que o julgador passa a dispor de novas ferramentas que possibilitem um meio-termo no tratamento do imputado. (AMARAL; SILVEIRA, 2011, p. 17)

“A proporcionalidade não deve ser buscada somente tendo em vista a pena cominada ao delito, mas considerando-se a pena que provavelmente será aplicada, ainda que com base em uma cognição sumária.” (BADARÓ, 2012, p. 719). E ainda,

sempre que uma ação relevante para o universo penal vier a ocorrer, o sistema penal reativo deve pautar-se de modo racional, de maneira a não exceder os limites do que for necessário e adequado para que aquela ação receba a justa resposta de contenção estritamente suficiente e apropriada.(AMARAL; SILVEIRA, 2011, p. 17)

Dessa maneira, diante da necessidade de imposição de prisão preventiva, deve-se fazer um juízo de probabilidade e, em caso de provável condenação, verificar se o acusado sofrerá pena privativa de liberdade com prazo superior a 4 anos ou não. Em caso de resposta positiva passa-se adiante e os outros fatores, como pressupostos e requisitos devem ser também analisados para, diante de sua presença, ser decretada a prisão preventiva. Já em caso de resposta negativa, a

prisão preventiva não será cabível, ainda que sua imposição pareça necessária aos olhos do magistrado.

Como ensina o professor Badaró,

Em nenhuma hipótese, e por nenhum dos motivos que caracterizam o *periculum libertatis*, pode-se decretar a prisão preventiva se não há prognóstico de cumprimento efetivo de pena privativa de liberdade. (BADARÓ, 2012, p. 719).

O quase insustentável equilíbrio entre os direitos individuais e o direito de punir do Estado terá, no princípio da proporcionalidade, pilar fundamental. (WEDY apud AMARAL; SILVEIRA, 2011, p. 17)

Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade deve nortear a conduta do juiz diante do caso específico ao ponderar a gravidade da medida cautelar imposta de acordo com a finalidade pretendida, “sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*”. Deve haver proporção entre as consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 801)

Ainda sobre esse aspecto devemos observar o art. 283 §1º, do Código de Processo Penal, que determina:

Art.283. (...)

§1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

Para respeitar a proporcionalidade, cabe dizer que a prisão preventiva somente será admitida nos casos trazidos pelos incisos do art. 313 do Código de Processo Penal e por seu parágrafo único, a saber: I. em crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, não cabendo prisão preventiva por crime culposo; II. se tiver o acusado sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; III. se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de

urgência; §º quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Por fim, após a verificação estabelecida acima, ainda se faz necessário analisar o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, para que se decrete a prisão preventiva, contendo fundamentação muito bem delineada, não bastando a invocação genérica dos fundamentos legais. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 839).

2.5 Espécies de medidas cautelares penais

As únicas espécies de medidas cautelares penais privativas de liberdade no Brasil são a prisão preventiva e a prisão temporária e encontram-se no art. 319 do Código de Processo Penal. Neste estudo focaremos na prisão preventiva. A prisão em flagrante, como mencionado anteriormente, não é mais prisão cautelar, mas apenas medida pré cautelar.

Já as medidas cautelares penais não privativas de liberdade são as medidas alternativas que devem ser utilizadas somente quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver restrição menos onerosa que tutele a situação adequadamente, ou em crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a 4 anos, desde que exista, é claro, o *fumus commisi delicti* e o *periculum libertatis*. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 861).

Para todas elas é importante ressaltar a necessidade da jurisdicionalidade e motivação, contraditório, provisionalidade, provisoriiedade; excepcionalidade e proporcionalidade.

3. A prisão preventiva entre o discurso teórico e a prática forense

A prisão preventiva gera efeitos materiais e morais que atingem a presunção de inocência e os direitos do indivíduo. Por isso, não deve haver exigências que comprometam estes direitos, de forma drástica, daquele que se presume inocente. Sendo assim, imprescindível a diferença de tratamento entre o acusado preso cautelarmente e o preso que foi condenado por sentença já transitada em julgado. (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 63).

Nesse sentido, importante ressaltar que, ainda que não haja prisão preventiva, o simples fato de estar sendo processado gera um pesado estigma ao acusado. Nas palavras de Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró, “O processo penal constitui o mais grave *status-degradation ceremony* (...) em que uma pessoa é condenada e despojada de sua identidade e recebe outra, degradada.” (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2009, p. 61).

O discurso teórico acerca da prisão preventiva é baseado na excepcionalidade do uso deste instituto, respeitando as garantias constitucionais de contraditório, presunção de inocência e liberdade de locomoção, gerando ao acusado mínimas restrições que se considerem extremamente necessárias, de acordo com as circunstâncias específicas do caso concreto.

É nesse sentido o próprio §6º incluído pela Lei 12.403/2011 ao art. 282 do Código de Processo Penal que reza:

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

Fica claro, diante do texto de lei, que as medidas cautelares devem ter caráter excepcional, sendo que a prisão preventiva, como a mais rigorosa das medidas cautelares, tornou-se medida extrema, a ser buscada somente em situações extremas. Nas palavras do professor Badaró,

O juiz (...) não pode raciocinar a partir da prisão, e, somente quando ela se mostrar excessiva, cogitar da aplicação de medida alternativa menos gravosa. O raciocínio deve ser exatamente o contrário (...). (BADARÓ, 2012, p. 719).

Na contramão desse discurso encontra-se a prática forense, que acaba muitas vezes por distorcer e desvirtuar o que a lei estabelece, já que está submetida à subjetividade do magistrado. A imposição de prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública é técnica cada vez mais utilizada para justificar a imposição de medida tão gravosa. A própria lei prevê a garantia da ordem pública desde que ela se traduza na gravidade da infração penal, somada a periculosidade do réu e a repercussão provocada pelo crime e não somente baseado em um dos três critérios de maneira isolada. (NUCCI, 2009, p. 167).

Tanto é assim que, diante do caso concreto que envolva criminosos habituais ou profissionais, que possuem perfis criminológicos (estudados e delineados pela psicologia forense), o juiz deve decretar a prisão preventiva baseado na garantia da ordem pública. (AMARAL; SILVEIRA, 2011, p. 20)

No entanto, o que ocorre é a banalização da prisão preventiva e seu uso indiscriminado fez com que sua fundamentação com base na garantia da ordem pública ou econômica nada tivesse “a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos”. O conceito de ordem pública é vago e não possui qualquer base semântica. “Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender”. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 847-8).

Há ainda que se levar em conta a participação da mídia neste cenário que, muitas vezes, extrapola o nobre papel de informar e educar para alterar a percepção da população por meio de um “(...) clamor espetacularizado -que- confia no permanente endurecimento das leis penais e processuais, no agravamento de penas, na criação indiscriminada de novos tipos penais, que dissemina a prisão cautelar (do presumido inocente) como medida social profilática(...)” (STF, HC 96.865-1/SP, Segunda Turma, rel. Min. Ellen Gracie, rel. para o acórdão Min. Eros Grau, j. 31.03.2009, Dje n. 148, 07.08.2009.) (GOMES, 2010).

Ocorre uma manobra diária ao se explorar midiaticamente um fato e fazer crer que a opinião publicada seja reflexo do chamado “clamor público”, imputando pena antecipada ao imputado e violando assim, o devido processo legal e a presunção de inocência. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 849).

Nesse sentido, as palavras de Beccaria:

um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tolher-lhe a proteção pública senão quando seja decidido que ele violou os pactos com os quais ela foi instituída. (FERRAJOLI, 2012, p. 506).

4. O crime de roubo qualificado e a aplicação da prisão preventiva como calmante social

O Banco Interamericano de Desenvolvimento calculou que 10% de nosso PIB é perdido em razão da criminalidade. Este número é alarmante, já que países como Estados Unidos da América tem uma fatia de 4% de seu PIB perdida para a criminalidade, apesar de também ser considerado um país nada pacífico. (MONTEIRO, [s.d.]).

Um dos crimes mais emblemáticos que contribuem largamente nesta perda é o crime de roubo qualificado, que ocorre com elevada frequência nos grandes centros urbanos e gera enorme temibilidade. Sua espécie mais comum é o roubo bqualificado pelo número de agentes e emprego de arma.

Mesmo assim, há diversas maneiras de se praticar o roubo bqualificado, desde um roubo mais simples com canivete até um arrastão com arma de fogo em um restaurante.

É nesse momento que se abre espaço para o binômio gravidade abstrata/gravidade concreta da conduta, pois o mesmo delito (roubo bqualificado) possui a mesma gravidade abstrata porém gravidades concretas absolutamente diversas uma da outra.

O Código de Processo Penal no art. 282 traz a gravidade de conduta em seu inc. II ao mencionar “adequação da medida à gravidade do crime” sem especificar o tipo de gravidade. No entanto, essa gravidade deve ser entendida como a gravidade concreta do delito já que desde 1977 não existe mais a prisão preventiva obrigatória pela gravidade abstrata.

É como nos ensina Tourinho Filho, ao relembrar que, até meados da década de 70, a prisão preventiva, em determinadas situações, deveria ser decretada, independentemente das circunstâncias específicas do caso:

Em alguns casos (quando a pena cominada ao crime fosse de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 anos), o juiz era obrigado a decretar medida extrema. Nos demais casos, a lei deixava (e hoje continua deixando em todo e qualquer caso) ao prudente arbítrio do juiz decretá-la ou não. Cabia, como cabe a este julgar da conveniência e necessidade da medida. (TOURINHO FILHO, 1975, v.III, p. 283).

O autor ainda acrescenta que a prisão preventiva obrigatória, ou seja, imposta pela lei, era “a mais violenta medida do Direito Brasileiro”, já que sempre se entendeu que a prisão preventiva devesse ser, desde tempos bem recuados, decretada em casos especialíssimos, devendo somente ser decretada quando o interesse público assim o exigisse no caso específico. (TOURINHO FILHO, 1975, v.III, p. 284).

Tanto é assim que, segundo a Comissão de Direitos humanos da O.N.U. apenas as legislações da Itália, Áustria, Jugoslávia e Brasil, em todo o mundo, admitiam a prisão preventiva compulsória. (TOURINHO FILHO, 1975, v.III, p. 286).

Como ensina o professor Aury Lopes Jr., “o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual”. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 61).

MORAIS DA ROSA (Direito Infracional, p. 135 e ss. apud LOPES JÚNIOR, 2013, p. 79) explica de maneira muito ilustrativa a atividade dos juízes que atuam no Processo Penal :

esse chamado exige que o juiz tenha os predicados de um homem do seu tempo, imbuído em reduzir as desigualdades sociais(...) vinculada a uma posição especial do juiz no contexto democrático, dando-lhe poderes sobre-humanos, na linha de realização dos escopos processuais, com forte influência da superada filosofia da consciência, deslizando no Imaginário e facilitando o surgimento de Juízes Justiceiros da Sociedade.

E segue dizendo:

A pretensão de Dinamarco de que o juiz deve aspirar aos anseios sociais ou mesmo ao espírito das leis, tendo em vista uma vinculação axiológica, moralizante do jurídico, com o objetivo de realizar o sentimento de justiça do seu tempo, não mais pode ser acolhida democraticamente.

Deve ficar muito clara, nesse momento, a separação entre juiz e justiceiro, pois o primeiro é peça fundamentalmente inerte na relação processual, enquanto

que ao segundo cabe a definição: “por exagerado sentimento de justiça, mostra-se zeloso demais, muito severo, inflexível, com uma ponta de sadismo”.⁴

Apontam os magistrados o “restabelecimento da credibilidade das instituições” para fundamentar a decretação de prisões preventivas.⁵ E é justamente o crime de roubo qualificado que enseja esse argumento, em função de sua altíssima frequência em centros urbanos e sua influência sobre a opinião pública.

É preocupante a crença de que as instituições jurídicas dependam da prisão de pessoas, pois nas palavras de Lopes Jr., quando isso ocorre, “a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado”. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 852).

O que nos parece é que medidas muito mais eficientes, como a redução do tempo gasto pela Justiça para processar devidamente seus acusados, geraria um aumento seguro de sua eficiência, resultando fortalecida a confiança na magistratura e renovada a certeza do direito. (FERRAJOLI, 2010, p. 516).

Corroborando o enunciado acima, seguem as palavras de Ferrajoli:

(...)essa ideia primordial do bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal, que não serve, (...) para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas. (FERRAJOLI, 2010, p. 516).

O discurso de que a decretação de prisões preventivas restabelece a credibilidade das instituições é sintoma de que estamos diante de um juiz “de boas intenções” que “emprega uma cruzada contra os hereges, abandonando o que há de mais digno na magistratura, que é o papel de garantidor dos direitos fundamentais do imputado”. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 852).

Por esse mesmo caminho segue aquele que acredita ser justificativa plausível para a decretação de prisão preventiva o “risco de reiteração de delitos”, já que cuidar para a não reiteração de delitos é função de polícia do Estado, alheia ao

⁴ Disponível em: <<http://dicionarioinformal.com.br>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

⁵ Habeas Corpus nº 0230786-29.2012.8.26.0000. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

processo penal. A nossa Constituição presume a inocência, que permanece intacta para delitos futuros. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 853).

O que ocorre, segundo Ilana Casoy, é que a mudança do “sistema” não é realmente desejada, pois existe um “conluio da coletividade” entre instituições e comunidade, que dizem a desejar e, talvez, realmente a desejem, mas, por ser esse “sistema” exatamente o que essa coletividade é, não obtém sucesso em sua busca pela mudança. Em outras palavras,

Se fosse alcançado o ideal do mundo sem crime, quem abasteceria o sistema judiciário, penitenciário, midiático e o próprio mercado acionado pela insegurança e pelo medo? E em quem projetaríamos o mal, para podermos ocupar o lugar do bem? Quem seriam os culpados que aliviariam nossa própria culpa e propiciam a expiação dos nossos pecados? (CASOY, 2009, p. 332)

5. Prisão cautelar, medidas cautelares diversas da prisão, e liberdade provisória na visão de cada uma das dezesseis Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em Habeas Corpus ou Recurso em Sentido Estrito no crime de roubo bqualificado

Foi feita uma análise de 241 acórdãos distribuídos entre as dezesseis Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de acusados pelo cometimento de roubo bqualificado, todos proferidos após a vigência da Lei 12.403/2011.

Todos os acórdãos foram resultado do julgamento de Habeas Corpus impetrado pela defesa contra decisão de 1º grau que estabeleceu a prisão preventiva em face do réu, ou de Recurso em Sentido Estrito interposto pela Procuradoria contra decisão de 1º grau que não decretou prisão preventiva ou que concedeu liberdade provisória ao réu.

Foram utilizados acórdãos que tiveram sua impetração parcial ou totalmente conhecida e rejeitados aqueles que não foram conhecidos, pois não haveria contribuição para os fins pretendidos com essa pesquisa.

Os Habeas Corpus, impetrados por meio da Defesa, pleiteavam a concessão de liberdade provisória com medidas alternativas à prisão preventiva, por entender ausentes os requisitos da prisão preventiva decretada pelo Juízo de 1º grau ou por excesso de prazo, baseando seus pedidos nos novos paradigmas trazidos pela Lei 12.403/2011.

Já os pouquíssimos Recursos em Sentido Estrito, interpostos por meio da Acusação, pleiteavam a decretação da prisão preventiva, por entender presentes os requisitos da prisão preventiva que deveria ter sido decretada pelo Juízo de 1º grau e não o foi.

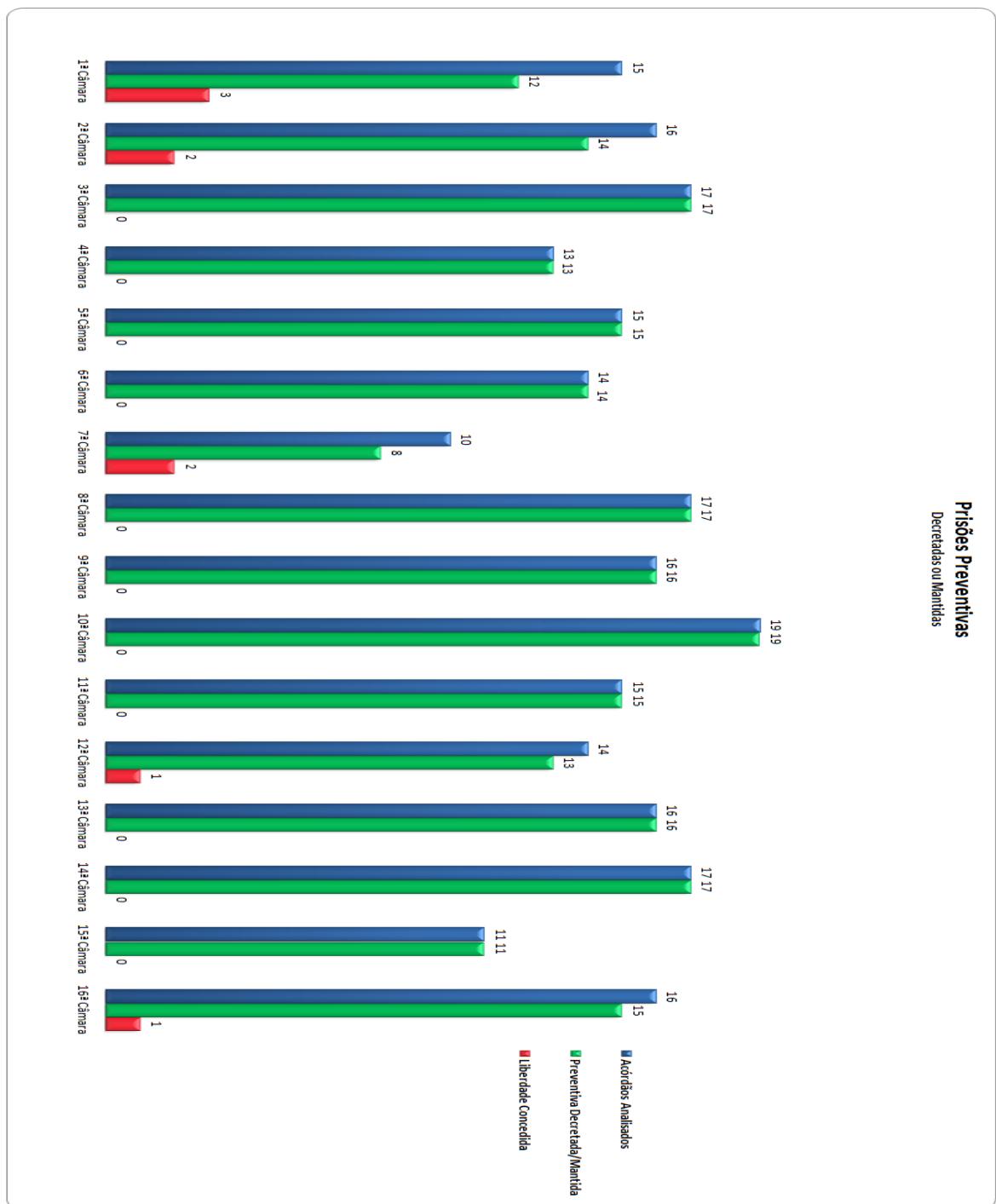
Importante mencionar que em todos os casos a Procuradoria se manifestou pela necessidade da prisão preventiva, por sua decretação caso o indiciado ainda estivesse solto, ou por sua manutenção, caso o indiciado já se encontrasse preso.

A pesquisa foi feita com intuito de se estabelecer um perfil acerca de cada Câmara na aplicação das medidas cautelares penais para os casos de acusados de roubo bqualificado, ou seja, a frequência com que as medidas cautelares não privativas de liberdade estão sendo aplicadas alternativamente à prisão preventiva, como quer a Lei 12.403/2011, bem como os argumentos mais comumente utilizados pelos magistrados ao optarem pela decretação ou manutenção das prisões preventivas, bem como os que os levam a conceder a liberdade provisória. Além disso, buscou-se mensurar a proporção entre prisões preventivas decretadas e liberdades provisórias concedidas.

As informações foram separadas individualmente para cada Câmara por meio de Tabelas, para delimitarmos o perfil de cada uma, mas também reunidas a fim de obtermos uma ideia do que seria o perfil do Tribunal Criminal de Justiça do Estado de São Paulo na aplicação de medidas cautelares privativas e não privativas de liberdade.

O Gráfico 1, apresentado inicialmente, é a quantidade de acórdãos que foram analisados por Câmara e, desses, quantos mantiveram em sede de Habeas Corpus ou decretaram em sede de Recurso em Sentido Estrito a prisão preventiva do acusado, e quantos concederam a liberdade provisória em cada uma das dezesseis Câmaras Criminais do Estado de São Paulo.

Gráfico 1: Análise da proporção entre o número de acórdãos analisados e o número de prisões preventivas mantidas ou decretadas e de liberdades provisórias concedidas em cada Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.



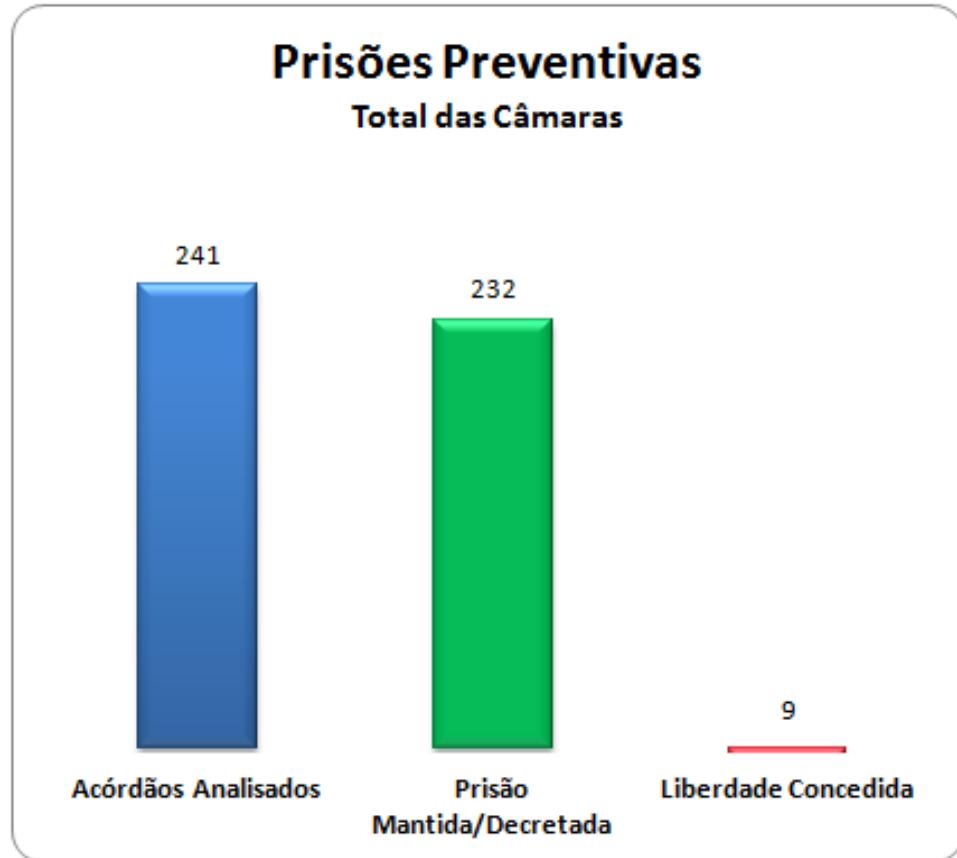
Fonte: 'autor'.

Como se depreende do Gráfico 1 houve um padrão entre as Câmaras ao optar pela manutenção ou decretação da prisão preventiva, já que na maior parte delas não houve liberdade concedida e, nos casos em que houve, foi em número extremamente reduzido.

O Gráfico 2 abaixo, busca reunir os dados do Gráfico 1 de maneira global apontando que dos 241 acórdãos analisados apenas 9 concederam liberdade provisória.

Há aí, clara preponderância de casos em que o acusado permanece preso provisoriamente durante o processo nos casos de roubo bqualificado cometidos no Estado de São Paulo.

Gráfico 2: Análise da proporção entre o número de acórdãos analisados e o número de prisões preventivas mantidas ou decretadas e de liberdades provisórias concedidas em todas as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo



Fonte: 'autor'.

As Tabelas 1 a 16 a seguir, trazem os argumentos utilizados pelos Magistrados com maior frequência no julgamento dos Habeas Corpus e Recursos em Sentido Estrito em cada Câmara. Assim, os motivos que mais ensejaram a manutenção ou decretação das prisões preventivas e a concessão da liberdade provisória em cada uma das dezesseis Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo são apresentados nas tabelas, sendo que o número da tabela corresponde à Câmara de mesmo número.

A parte esquerda das tabelas apresenta quantos acórdãos tiveram uma fundamentação abstrata, consideraram a gravidade abstrata do delito e presumiram a periculosidade do agente ao justificar a necessidade da prisão preventiva. Note-se que, em muitos casos, mais de um desses motivos foi utilizado no mesmo acórdão, portanto a soma do número de vezes em que cada motivo apareceu ultrapassa o número total de acórdãos.

Entenda-se por fundamentação abstrata aquela que traz mera repetição dos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal e ainda aquela que divaga sobre a criminalidade e seus efeitos nefastos sobre a população, sem adaptá-la à análise do caso concreto. Muitas vezes foi narrado o que continha na denúncia sem, no entanto, se justificar a aplicação da prisão preventiva.

Já a gravidade abstrata é aquela que considera roubo biqualificado crime grave, sem haver análise da casuística, ou seja, considera que todos os roubos biqualificados sejam graves da mesma maneira e na mesma intensidade.

Por fim, a periculosidade presumida do agente se mostra quando o Magistrado considera perigoso aquele comete roubo biqualificado, independentemente das circunstâncias do caso concreto e, normalmente, rejeitando as circunstâncias pessoais favoráveis do indiciado.

Já a parte direita das tabelas apresenta os motivos que ensejaram a concessão da liberdade provisória, quais sejam: considerar abstrata a fundamentação que determinou a prisão em 1º grau, considerar que a periculosidade foi presumida pelo juiz *a quo*, quando não deveria ter sido, entender que a revelia não basta para a decretação da prisão preventiva, entender não mais

presentes os motivos a ensejar a prisão preventiva, entender que maus antecedentes, por si só, não bastam para a decretação da prisão, constatar que houve excesso de prazo na formação da culpa, entender que a gravidade do delito foi presumida e, acreditar que aquele que foi condenado para cumprir pena em regime inicial semiaberto pode recorrer em liberdade.

Além disso, essa parte das tabelas mostra quais medidas alternativas à prisão foram impostas ao indiciado quando da concessão da liberdade provisória.

Note-se que, em alguns casos, apesar da concessão da liberdade provisória, não houve imposição de qualquer medida cautelar alternativa.

Algumas considerações acerca de cada Câmara serão feitas ao longo da análise para proporcionar maior proximidade com a casuística, ainda que apenas a título de exemplo.

5.1 Análise das Tabelas referentes a cada Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O que se percebe da análise dos elementos utilizados para a não concessão ou a decretação da prisão preventiva pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de maneira geral, é uma fundamentação abstrata, considerando-se a gravidade abstrata do delito e presumindo-se a periculosidade do agente com alta frequência, como se verá à frente.

Alguns dos argumentos concretos utilizados na decretação da medida mais gravosa foram os antecedentes criminais do agente, a gravidade das lesões provocadas na vítima, a falta de endereço na comarca do delito, fuga do agente quando solto, violência dos agentes no cometimento do crime e invasão de domicílio quando do cometimento do delito.

Já argumentos genéricos compreenderam a ordem pública, crescimento da criminalidade a ser contido pelo Judiciário e a prevenção de cometimento de novos delitos.

O que se observa é que foi a 1^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que mais concedeu liberdade provisória aos pacientes e a única a conceder uma medida alternativa à prisão preventiva quando da concessão da liberdade provisória, sendo essa medida a assinatura de termo de compromisso. Veja:

Tabela 1: Análise da 1^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1 ^a Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	9	Fundamentação foi Abstrata	1
Gravidade Abstrata	9	Revelia	1
Periculosidade Presumida	8	Periculosidade foi Presumida	1
<i>Total Prisões</i>	12	Medida Alternativa	1
		<i>Total Liberdade</i>	3

Fonte: 'autor'.

A Tabela 2 da mesma maneira, demonstra que a 2^a Câmara utilizou com alta frequência uma fundamentação abstrata, considerou a gravidade abstrata do delito de roubo biqualificado e presumiu a periculosidade do agente para a decretação ou manutenção da prisão preventiva, além de conceder liberdade provisória em 2 acórdãos sem, no entanto, estipular medida alternativa alguma. Em dois acórdãos a 2^a Câmara entendeu que aquele que permaneceu em custódia durante toda a fase instrutória deve assim permanecer em fase recursal, por questões lógicas. Veja:

Tabela 2: Análise da 2^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

2 ^a Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	13	Ausência dos Motivos	1
Gravidade Abstrata	11	Maus Antecedentes	1
Periculosidade Presumida	11	Medida Alternativa	0
<i>Total Prisões</i>	<i>14</i>	<i>Total Liberdade</i>	<i>2</i>

Fonte: 'autor'.

A 3^a Câmara apresentada na Tabela 3, por sua vez, utilizou fundamentação abstrata, considerou a gravidade abstrata do delito de roubo biqualificado e presumiu a periculosidade dos agentes com alta frequência para manter presos os acusados, além de não conceder nenhuma liberdade provisória.

Caso em que o agente havia acabado de cumprir pena pelo mesmo delito, e caso em que o agente estava usufruindo de sua liberdade provisória, voltando a delinquir nesse período, tiveram suas prisões preventivas mantidas. Veja:

Tabela 3: Análise da 3^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

3 ^a Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	12	-	-
Gravidade Abstrata	15	-	-
Periculosidade Presumida	15	-	-
<i>Total Prisões</i>	<i>14</i>	<i>Total Liberdade</i>	<i>0</i>

Fonte: 'autor'.

A 4^a Câmara apresentada na Tabela 4 utilizou-se um pouco menos de fundamentações abstratas e presumiu menos a periculosidade do indiciado. No

entanto valeu-se muito da gravidade abstrata do delito de roubo biqualificado e também não concedeu nenhuma liberdade provisória.

Como argumento concreto, houve um caso de fuga e outro de tentativa de fuga que ensejaram a prisão preventiva. Veja:

Tabela 4: Análise da 4^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

4 ^a Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	8	-	-
Gravidade Abstrata	10	-	-
Periculosidade Presumida	8	-	-
<i>Total Prisões</i>	13	<i>Total Liberdade</i>	0

Fonte: 'autor'.

A 5^a Câmara apresentada na Tabela 5 utilizou-se de fundamentações abstratas e considerou a gravidade abstrata do delito para manter os indiciados presos preventivamente. Presumiu pouco a periculosidade dos agentes, mas não concedeu nenhuma liberdade provisória.

Caso em que o réu já cumpria pena em regime aberto pelo mesmo crime, ensejou a manutenção da prisão preventiva. Veja:

Tabela 5: Análise da 5^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

5 ^a Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	13	-	-
Gravidade Abstrata	12	-	-
Periculosidade Presumida	7	-	-
<i>Total Prisões</i>	<i>15</i>	<i>Total Liberdade</i>	<i>0</i>

Fonte: 'autor'.

A 6^a Câmara trazida na Tabela 6 manteve as mesmas características da 5^a Câmara e se utilizou do argumento de que aquele que esteve custodiado durante a instrução criminal deve assim permanecer quando em fase recursal. Veja:

Tabela 6: Análise da 6^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

6 ^a Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	12	-	-
Gravidade Abstrata	14	-	-
Periculosidade Presumida	7	-	-
<i>Total Prisões</i>	<i>14</i>	<i>Total Liberdade</i>	<i>0</i>

Fonte: 'autor'.

Já a 7^a Câmara utilizou-se em mais da metade dos casos de fundamentações abstratas e considerou a gravidade abstrata do delito de roubo biqualificado, e em menos da metade presumiu a periculosidade dos agentes. Concedeu inclusive, duas liberdades provisórias por entender, em uma delas que a sentença do juízo *a quo* havia utilizado argumentação abstrata para decretar a prisão preventiva e não poderia tê-lo feito. Na outra, por entender incorreta a presunção de periculosidade

do agente e por entender insuficientes o fato de o indiciado ter sido reconhecido pela vítima, como apontou o juiz de 1^a instância, e a necessidade de assegurar a ordem pública e a aplicação da lei penal para manter o indiciado preso provisoriamente.

Em um dos acórdãos a confissão do agente foi entendida como ponto de extrema importância para a decretação da prisão preventiva. Veja:

Tabela 7: Análise da 7^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

7 ^a Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	6	Fundamentação foi Abstrata	1
Gravidade Abstrata	6	Gravidade foi Abstrata	1
Periculosidade Presumida	4	Periculosidade foi Presumida	1
<i>Total Prisões</i>	10	Medida Alternativa	0
		<i>Total Liberdade</i>	2

Fonte: ‘autor’.

A 8^a Câmara presumiu pouquíssimas vezes a periculosidade do agente, porém considerou a gravidade abstrata do delito de roubo biqualificado, e suas fundamentações foram abstratas em todos os acórdãos, ou seja, se distanciaram demais do caso concreto.

Também aqui, não foi concedida nenhuma liberdade provisória aos acusados. Veja:

Tabela 8: Análise da 8^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

8 ^a Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	17	-	-
Gravidade Abstrata	13	-	-
Periculosidade Presumida	3	-	-
<i>Total Prisões</i>	<i>17</i>	<i>Total Liberdade</i>	<i>0</i>

Fonte: 'autor'.

A 9^a Câmara utilizou-se na grande maioria de seus acórdãos de fundamentações abstratas, presumiu a periculosidade de seus agentes e considerou a gravidade abstrata do delito de roubo bqualificado para manter presos preventivamente os acusados, além de não ter concedido nenhuma liberdade provisória. Também utilizou-se do argumento de que aquele que esteve preso durante toda a fase de instrução, deve assim permanecer na fase recursal. Veja:

Tabela 9: Análise da 9^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

9 ^a Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	12	-	-
Gravidade Abstrata	13	-	-
Periculosidade Presumida	14	-	-
<i>Total Prisões</i>	<i>16</i>	<i>Total Liberdade</i>	<i>0</i>

Fonte: 'autor'.

A 10^a Câmara manteve o mesmo padrão da 9^a Câmara, utilizando-se de fundamentações abstratas, considerando a gravidade abstrata do delito de roubo bqualificado e presumindo a periculosidade do agente para manter os acusados presos preventivamente, sem conceder nenhuma liberdade provisória. Veja:

Tabela 10: Análise da 10ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

10ª Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	14	-	-
Gravidade Abstrata	17	-	-
Periculosidade Presumida	14	-	-
Total Prisões	19	<i>Total Liberdade</i>	0

Fonte: 'autor'.

A 11ª Câmara presumiu pouquíssimas vezes a periculosidade do agente para fins de decretação da prisão preventiva, mas se valeu para tanto, da gravidade abstrata do delito e de fundamentações abstratas. Não concedeu liberdade provisória alguma. Utilizou-se de argumentos concretos como ameaça às vítimas, reincidência e acusado foragido para denegar a liberdade provisória. Veja:

Tabela 11: Análise da 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

11ª Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	12	-	-
Gravidade Abstrata	13	-	-
Periculosidade Presumida	3	-	-
Total Prisões	15	<i>Total Liberdade</i>	0

Fonte: 'autor'.

A 12ª Câmara utilizou-se da gravidade abstrata do delito e da presunção de periculosidade em quase todos os acórdãos, e fundamentou de maneira abstrata em mais da metade dos casos. Antecedentes, réu foragido, agressão à vítima e

reincidência foram argumentos concretos utilizados para a manutenção de prisões preventivas.

Houve 1 concessão de liberdade provisória por excesso de prazo. Veja:

Tabela 12: Análise da 12ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

12ª Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	8	Excesso de Prazo	1
Gravidade Abstrata	11	-	-
Periculosidade Presumida	13	-	-
<i>Total Prisões</i>	<i>14</i>	<i>Total Liberdade</i>	<i>1</i>

Fonte: 'autor'.

A 13ª Câmara fundamentou de maneira abstrata todos os acórdãos e considerou a gravidade abstrata do delito de roubo biqualificado, além de presumir a periculosidade do agente na maioria dos casos, sem conceder nenhuma liberdade provisória. Veja:

Tabela 13: Análise da 13ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

13ª Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	16	-	-
Gravidade Abstrata	14	-	-
Periculosidade Presumida	14	-	-
<i>Total Prisões</i>	<i>16</i>	<i>Total Liberdade</i>	<i>0</i>

Fonte: 'autor'.

A 14^a Câmara teve fundamentações abstratas e considerou a gravidade abstrata do delito em grande parte dos acórdãos, utilizando-se pouco da presunção de periculosidade e não concedendo nenhuma liberdade provisória. Veja:

Tabela 14: Análise da 14^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

14 ^a Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	14	-	-
Gravidade Abstrata	14	-	-
Periculosidade Presumida	4	-	-
<i>Total Prisões</i>	17	<i>Total Liberdade</i>	0

Fonte: 'autor'.

A 15^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo menciona a gravidade abstrata do delito de roubo biqualificado em quase todos os acórdãos analisados, utilizando-se menos de fundamentações abstratas e de presunção de periculosidade do agente sem, no entanto, conceder qualquer liberdade provisória. Veja:

Tabela 15: Análise da 15^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

15 ^a Câmara			
Motivos Prisão	Frequência	Motivos Liberdade	Frequência
Fundamentação Abstrata	6	-	-
Gravidade Abstrata	10	-	-
Periculosidade Presumida	4	-	-
<i>Total Prisões</i>	11	<i>Total Liberdade</i>	0

Fonte: 'autor'.

Por fim, a 16^a Câmara utilizou-se, algumas vezes, de fundamentações abstratas e da gravidade abstrata do delito em questão, presumindo uma única vez a periculosidade do agente. A concessão da única liberdade provisória foi dada de ofício em favor de paciente que havia sido condenado ao regime inicial semiaberto e a ele havia sido negado direito de recorrer em liberdade. Veja:

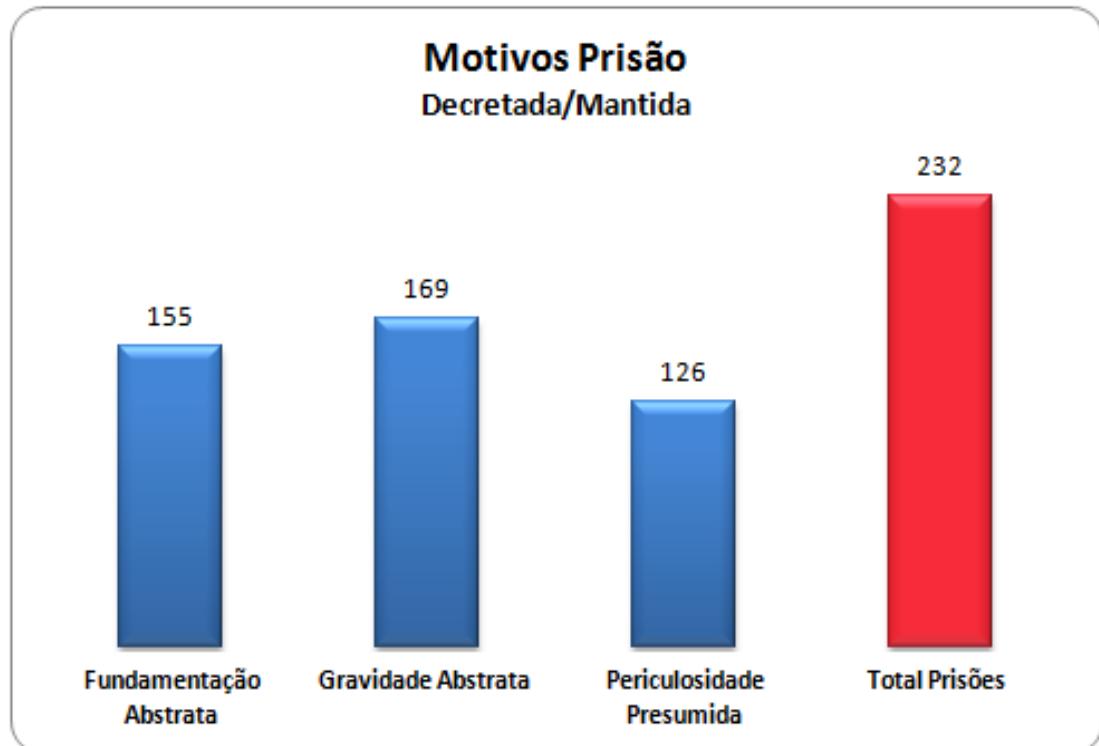
Tabela 16: Análise da 16^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

16 ^a Câmara	
Motivos Prisão	Frequência
Fundamentação Abstrata	7
Gravidade Abstrata	5
Periculosidade Presumida	1
<i>Total Prisões</i>	14
Motivos Liberdade	Frequência
Condenado em Semi-Aberto	1
Medida Alternativa	0
-	-
<i>Total Liberdade</i>	1

Fonte: ‘autor’.

Abaixo, o Gráfico 3 apresenta as informações trazidas nas Tabelas de 1 a 16 reunidas, para que se possa obter uma visão geral das Câmaras Criminais que compõem o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acerca da argumentação utilizada quando da decretação ou manutenção das prisões preventivas em roubo bqualificado. Veja:

Gráfico 3: Proporção dos argumentos abstratos utilizados em todas as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para decretação ou manutenção da prisão preventiva



Fonte: 'autor'.

O que se nota é uma predileção por manter encarcerados os acusados de roubo biqualificado na tentativa de puni-los de imediato e, principalmente, para fazer com que, diante dos olhos da sociedade brasileira o sistema judiciário não perca ainda mais sua força, poder e credibilidade ao mostrar que pune severamente os seus delinquentes. É nesse sentido o entendimento do autor Júlio Fabbrini Mirabete:

Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional (MIRABETTE, 1999, p. 414 - Destacamos)

A punição do acusado que for culpado virá ao final de seu julgamento, impreterivelmente e a possibilidade de cometimento de crimes ainda não é causa

bastante para punir. É claro que situações excepcionais podem gerar o encarceramento como forma de prevenir que o acusado cometa outros delitos, assim como estabelece a lei, porém o que parece é que a medida excepcional é a liberdade provisória quando deveria ser a regra.

CONCLUSÃO

A prisão cautelar sofreu forte degeneração, dificilmente remediável com uma reforma legislativa. “Prende-se “por pouco” e em ritmo acelerado, sem precedentes na história do Brasil (e do mundo)”. (AMARAL; SILVEIRA, 2011, p. 06)

“O maior problema é cultural, é a banalização de uma medida que era para ser excepcional”. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 792).

Importantes princípios foram afirmados com a criação de novas medidas cautelares alternativas à prisão e

(...) irão exigir do sistema penal, e mais que isso, de seus operadores, um novo modelo comportamental em conformidade com tais princípios, que aliás, não eram novidade alguma, posto que já habitavam o universo processual penal, conforme vasta literatura, mas que, por motivos de heroísmo de certos operadores, não eram aplicados. (AMARAL & SILVEIRA, 2011, p. 05).

Como aponta SANGUINÉ (Revista de Estudos Criminais, n. 10, p. 114 apud LOPES JÚNIOR, 2013, p. 849):

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 direito 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.

O professor Ferrajoli segue a mesma linha ao dizer que:

A perversão mais grave do instituto (...) foi a sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à “estrita necessidade” instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes. (FERRAJOLI, 2010, p. 509).

Essa conclusão é corroborada pelo Comunicado CG nº211/2014 realizado pela Corregedoria Geral que sendo órgão administrativo interferiu nas atividades judiciárias estabelecendo o quanto segue:

A Corregedoria Geral da Justiça, em razão do número de julgados do STF, STJ e TJSP que têm suspendido e/ou reformado decretos de prisão provisória, porque seus fundamentos são genéricos ou abstratos, sem análise da situação concreta do indiciado ou réu, ORIENTA os MM. Juízes de Direito, respeitados sempre o livre convencimento e a independência no exercício da judicatura, a evitar, em suas decisões, inclusive naquelas proferidas durante o plantão, o uso de expressões vagas e jargões, ou a mera citação genérica dos requisitos previstos na lei (art. 312, CPP), devendo provê-las de relato dos fatos que atendam à dinâmica do caso concreto (base empírica idônea). (DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO, 2014, p. 18)

Este entendimento é corroborado pela pesquisa feita nesse trabalho, pois os magistrados, diante da dúvida, optam pela decretação da prisão preventiva em prejuízo do réu, apesar das reformas trazidas pela Lei Penal .

“Não basta reformar a lei se não nos reformamos intimamente para receber e aplicar o que a lei traz de inovador” (AMARAL; SILVEIRA, 2011, p. 05)

Ocorre que, a já mencionada Lei nº 12.403 de 04 de Maio de 2011 que criou novas medidas cautelares não privativas de liberdade não parece ter sido recepcionada pelos magistrados aos quais ela foi direcionada.

Como se pôde notar, apenas em um caso dos 241 acórdãos analisados houve aplicação de uma medida cautelar não privativa de liberdade, o que é justamente o oposto do que quer a mencionada Lei de 2011.

As medidas alternativas têm seu valor na medida em que mantêm o acusado sob certo controle, sem, contudo, inseri-lo na escola do crime que são as penitenciárias no Brasil.

Imperioso mencionar as ideias de Ilana Casoy ao descrever a situação daquele que vive no sistema das sociedades paralelas que não consegue se perceber “sugado pela máquina de moer carne jovem” que se criou nesse sistema. Desde criança, muitos são estigmatizados como “difíceis” ou “hiperativos”, filhos de mães solteiras. A dificuldade financeira mostra-se como importante motivo para a entrada na criminalidade, que na verdade tem raízes na busca do próprio jovem pela

sua identidade. Privado dos benefícios mais elementares da cidadania, o jovem “alimenta o ódio e a revolta dentro de si pela humilhação diária a que é submetido”. Muitas vezes a chance de sucesso para um jovem que vive nessas comunidades está atrelada aos “comandos”, grupos de crime organizado com estrutura quase militar, que permitem a ele fazer carreira e ganhar dinheiro, além do respeito da comunidade.

A autora ainda continua com uma visão extremamente realista ao dizer que:

ao ser preso, as chances de reabilitação desse jovem são diminutas. A prisão passa a ser a escola do crime, é rotulado dentro do “comando” e fora dele, estigmatizado e assim condenado a um futuro “intramuros”. Depois disso, fica para o indivíduo viver na prisão de sua própria imagem construída por meio da identidade criminosa. Ele não consegue mais se desvincilar do estigma. O egresso do sistema penitenciário, quando ganha a liberdade, mesmo convicto de não cometer transgressão de nenhuma espécie, experimenta viver no estranho lugar entre os dois mundos: na comunidade não tem mais lugar, na sociedade ampla sempre será bandido. (Grifamos)

A atividade jurisdicional deve sempre ser avaliada a fim de se verificar em que medida ela segue a Constituição Federal e as demais Leis. Isso porque, no Direito Processual Penal as garantias têm maior relevância e importância, vez que seu descumprimento está diretamente ligado à obstrução da liberdade daqueles a ele ligados.

O quanto estabelecido em lei deve ser o norte dos aplicadores do Direito Processual Penal. E, ainda que esses se sintam na posição de justicieros em meio a uma sociedade tão perigosa e socialmente imatura, esse, definitivamente, não é, e não pode ser seu papel.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, C. P. **Direito Penal e Sociedade de risco**. 2006. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- BADARÓ, G. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- BRASIL. **Decreto de 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: 07 jan. 2014.
- CASOY, I. **Serial Killers - made in Brazil**. São Paulo: Ediouro, 2009.
- CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.observatoriodesegurança.org/files/Origem%20da%20pena%20de%20pris%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2014
- DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO. Caderno administrativo. **CG nº211/2014** (27/02/2014, 05 e 07/03/2014), p. 18 Disponível em: <<http://iregistradores.org.br/wp-content/uploads/2014/02/TJSP-Comunicado-CG-n-213-2014.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2014.
- DICIONÁRIO Informal da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://dicionarioinformal.com.br>>. Acesso em: 06 fev. 2014.
- FERNANDES, A. S. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, L. **Derecho y razón- Teoría del garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GOMES, L. F. **Roubo**: aumento de pena. Uso de arma de fogo. Desnecessidade da perícia. 2010. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2266534/roubo-aumento-de-pena-uso-de-arma-de-fogo-desnecessidade-da-pericia>>. Acesso em: 05 jan. 2014.
- GRUPO DE ESTUDOS CARCERÁRIOS APLICADOS DA USP. **História - 7 informações básicas sobre encarceramento**. [2012]. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/noticias/46-historia-7-informacoes-basicas-sobre-encarceramento>>. Acesso em: 05 nov. 2013.
- LOPES JÚNIOR, A. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES JÚNIOR, A.; BADARÓ, G. **Direito ao Processo Penal no prazo razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MIRABETE, J. F. **Código de Processo Penal Interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MOLINA, A. G. P.; GOMES, L. F. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 2.

MONTEIRO, Valdênia Brito. **A Criminalidade e a Fábrica Prisional no Brasil.** [s.d.]. Disponível em: <<http://gajop.org.br/justicacidade/wp-content/uploads/A-Criminalidade-e-a-F%C3%A1brica-Prisional-no-Brasil-Vald%C3%A3nia-Brito-Monteiro1.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

NUCCI, G. S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, G. S. **Prática Forense Penal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PISANI, M. et al. **Manuale di Procedura Penale.** 6. ed. Bologna: Monduzzi Editore, 2004.

TOURINHO FILHO, F.C. **Processo Penal.** Bauru: Jalovi, 1975. v. 3.