

A Inconstitucionalidade da prisão preventiva atemporal: Da omissão legislativa à ofensa aos Direitos Humanos

Rafael Moreira Lima Sauaia

Mestrado

**A Inconstitucionalidade da prisão preventiva atemporal:
Da omissão legislativa à ofensa aos Direitos Humanos**

Orientação: Professora Doutora Ana Paula Guimarães

15 de Janeiro de 2021

A Inconstitucionalidade da prisão preventiva atemporal:
Da omissão legislativa à ofensa aos Direitos Humanos

Rafael Moreira Lima Sauaia



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Do conhecimento à prática.

IMP.GE.84.1

Universidade Portucalense Infante D. Henrique | Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 4200-072

Porto | Telefone: +351 225 572 000 | email: upt@upt.p





A Inconstitucionalidade da prisão
preventiva atemporal:
Da omissão legislativa à ofensa aos
Direitos Humanos

Rafael Moreira Lima Sauaia



DEPARTAMENTO
DIREITO

RAFAEL MOREIRA LIMA SAUAIA

**A Inconstitucionalidade da prisão preventiva atemporal:
Da omissão legislativa à ofensa aos Direitos Humanos**

Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em
Direito Público da Universidade Portucalense como
requisito para a obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Professora Doutora Ana Paula
Guimarães

São Luís/MA
2021



DEDICATÓRIA

Àquela que é meu norte, Luana.



AGRADECIMENTOS

Os meus mais profundos agradecimentos àqueles que me proporcionaram a vida escolar que tive, meus pais Ângela e Galvani, e ao irmão Galvani Filho. Mesmo ciente que nenhuma relação social é perfeita ou irreparável, foi no contexto da família que tenho onde aprendi os valores que carrego até hoje para a vida profissional e acadêmica.

Em seguida, aos eternos mestres Cláudio Guimarães, Roberto Veloso, Adriano Jorge Campos, Cláudio Cabral, Paulo Velten, Froz Sobrinho, e tantos outros que poderia citar, que guiaram a vida acadêmica da forma mais instigante possível, a quem eu busco me espelhar na carreira docente que exerço.

Agradeço à orientadora Professora Doutora Ana Paula Guimarães, pela disponibilidade e orientações da mais absoluta valia, bem como à Universidade Portucalense Infante D. Henrique pela oportunidade dada aos estudantes brasileiros e ao CECGP, na pessoa do Professor Doutor Sérgio Tamer, pelos ensinamentos e por ser uma fonte de inspiração a todos os estudantes e entusiastas de Direito.

Não posso esquecer dos colegas de estudos que hoje dividem a atividade profissional e são incentivadores do crescimento pessoal e profissional uns dos outros, Davi, Geórgio, Péricles, Alexandre.

Ao irmão que a vida profissional me deu, meu sócio Melhem, que divide o peso da tutela da liberdade e dignidade de tantos os nossos constituintes, com o digníssimo auxílio de nossos colaboradores.

E por fim, e definitivamente mais importantes, àqueles a quem projeto toda a minha vida, Luana e Eric, sem os quais não haveria sentido em prosseguir.

A todos, o meu obrigado.



EPÍGRAFE

“Um homem se transforma em suas próprias histórias. Elas vivem mesmo depois de sua morte. E é assim que ele se torna imortal” (Tim Burton - Peixe Grande e suas histórias maravilhosas).



RESUMO

O sistema processual penal brasileiro vivencia um combate de valores no âmbito das prisões, especialmente as cautelares. Um de seus expoentes, a prisão preventiva, tem sido motivo de divergência doutrinária e jurisprudencial pelo caráter simbolista e pela ausência de limitações quanto ao seu prazo de duração. Diante desse problema, questiona-se se a prisão preventiva, sem a estipulação máxima de duração é constitucional? Para responder à problemática, a pesquisa se utiliza da análise de pressupostos do processo penal brasileiro e suas referências formais mundiais. Como hipótese central, tem-se que a omissão legislativa ofende as garantias fundamentais do encarcerado, sendo um flagelo aos direitos humanos e à presunção de inocência. Para o desenvolvimento da dissertação, adotou-se como objetivo geral realizar análise da possível inconstitucionalidade do instituto prisão preventiva quando ausente a estipulação máxima de prazo. E como específicos: entender a prisão preventiva brasileira sob o enfoque da previsão legal de prazos e condições para a sua decretação; verificar as possíveis lesões aos princípios e garantias são lesados diante da decretação de prisão preventiva sem prazo de vigência no Brasil; e analisar se a decretação desmedida da prisão preventiva resgata a concepção de Direito Penal do Inimigo e ofende os Direitos Humanos, valendo-se da prisão preventiva portuguesa como exemplo. A pesquisa enquadra-se em duas formas de investigação, um primeiro de análise individualizada da legislação e de princípios brasileiros e portugueses em razão do uso de documentos escritos públicos e privados, tais como jurisprudências, leis, doutrinas, entre outros e; num segundo momento, da análise comparativa, como forma de justificar a hipótese. Confirmada a hipótese, será possível auferir a necessidade de uma urgente alteração legislativa no Brasil, sob pena de legitimação da lesão constante aos direitos e garantias fundamentais já consagrados.

Palavras-chave: Prisão preventiva atemporal. Presunção de Inocência. Direitos Humanos.



ABSTRACT

The Brazilian criminal procedural experiences a combat of merits when the subject is prison, notably when it is precautionary. One of its exponents, the pre-trial detention, has been the reason of many divergent positions from doctrine and jurisprudence because of the symbolist meaning of it, and the lack of temporal limit. On this context, the main question is if the pre-trial detention, without any temporal limits, is constitutional. To answer the question, the research will analyze the criminal procedure presuppositions and its international sources and reference. As the central hypothesis, the research aims to confirm that the legislative omission represents an offense to fundamental guarantees, to human rights and to the presumption of innocence. To develop the dissertation, the main objective is to verify the unconstitutionality of the pre-trial detention without deadline in Brazil. As specific goals, to understand the pre-trial detention in Brazil; to verify if the pre-trial detention without deadline represents any offense to principles and fundamental guarantees; and to identify if the legislative omission rescues the Criminal Law of Enemy and Citizenship and if there is any offense to the human rights, using the Portuguese pre-trial detention as an example. The dissertation was made by two forms of research: first the individual analysis of each country laws, documents, jurisprudence, and doctrine; and second, by comparing those concepts as a way to justify the hypothesis. As the hypothesis is confirmed, it will be possible to realize the need of an urgent legislative change in Brazil, otherwise the constant offenses to fundamental guarantees and human rights will be legitimated.

Keywords: Pre-trial detention without deadline. Presumption of Innocence. Human rights.



ÍNDICE

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	A Prisão Preventiva e os Princípios Processuais a ela inerentes.....	13
2.1	O Princípio da Jurisdicionalidade.....	19
2.2	O Princípio da Presunção de Inocência.....	23
2.3	O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	27
3	Prisão Preventiva: histórico, natureza jurídica e características.....	31
3.1	O “Problema” da Prisão Preventiva Atemporal.....	51
3.2	Prisão Preventiva Atemporal versus Dignidade da Pessoa Humana.....	54
4	Direito Penal do Inimigo e a expansão do Direito Penal como autorização tácita da flexibilização dos Direitos e Garantias Fundamentais na Prisão Preventiva Atemporal.....	58
4.1	A manutenção <i>ad eternum</i> de presos provisórios como consequência do Etiquetamento Social.....	63
4.2	Criminalizações Primária, Secundária e Terciária como filtro do Etiquetamento Social.....	66
5	Os Direitos Humanos através do Materialismo Histórico.....	70
5.1	A Cronologia dos Direitos Humanos e seus reflexos na legislação brasileira.....	71
5.2	A mitigação dos Direitos Humanos através do Direito Penal (Simbólico).....	73
5.3	Prisão Preventiva Atemporal como violadora do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	75
5.4	Os “supostos” limites da Prisão Preventiva na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.....	80
5.5	O Brasil e sua relação com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	83
6	(Des)semelhanças das Prisões Preventivas de Brasil e Portugal.....	86
6.1	A principiologia da Prisão Preventiva em Portugal.....	87
6.2	A prisão preventiva no ordenamento positivado português como exemplo.....	92
6.3	A Fixação de Prazo para a Prisão Preventiva como Garantia da Eficácia dos Princípios Constitucionais e dos Direitos Humanos.....	97
7	CONCLUSÃO.....	103
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	105
	WEB REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	113
	LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA.....	115



1 INTRODUÇÃO

O direito brasileiro, assim como o português, advém do direito romano-germânico, de forma que as suas legislações se assemelham e as garantias fundamentais, com destaque às constituições federais, se aproximam suficientemente a possibilitar um estudo comparado das causas e consequências de sua aplicação. Além disso, a histórica colonização brasileira pelo estado português favorece o intercâmbio.

Nesse contexto, ao analisar a legislação processual penal de ambos os países, é possível perceber a identidade sistemática das medidas cautelares penais, notadamente da prisão preventiva, destacando-se os fundamentos e as hipóteses de cabimento. No entanto, uma grande diferença emerge dessa similitude, no direito processual penal português a prisão preventiva tem prazo máximo estipulado, enquanto no Brasil, o encarceramento provisório pelo mesmo instituto não tem baliza mínima ou máxima de duração.

Evidenciadas as diferenças dogmáticas, passa-se a questionar a constitucionalidade da decretação da prisão preventiva do Brasil com base na ausência de prazo de duração, independente de fundamentos ou hipóteses de cabimento. E o direito processual português se mostra um excelente exemplo para tanto, pois, em Portugal, já se questiona uma possível redução do prazo de duração do instituto.

Isso porque, a omissão da legislação processual penal brasileira permite o questionamento das garantias constitucionais do acusado/investigado, e uma clara ofensa aos direitos humanos, ante a inexistência de prazo máximo para a prisão preventiva.

Diante disso, questiona-se a seguinte problemática: É constitucional a coexistência de um Estado Democrático de Direito e uma prisão cautelar sem prazo de duração?

Isso porque, em âmbito brasileiro, costuma-se justificar a mitigação dos princípios constitucionais da Presunção de Inocência e Dignidade Humana em prol da Eficiência clamada ao Poder Judiciário.

Como hipótese central, entende-se que num Estado Democrático de Direito, regido pelos princípios da Presunção de Inocência e Dignidade Humana, a mitigação de tais postulados ante o clamor público por condenações penais demonstra uma tendência inconstitucional, beirando o resgate aos pilares do Direito Penal do Inimigo, que evidencia uma concepção simbólica de antecipação da pena, banimento do cidadão do convívio social e impossibilidade de ressocialização, antes mesmo da condenação definitiva.



Nesse pensar, impossível não destacar que as atuais disposições do Código de Processo Penal brasileiro não são suficientes a garantir uma regular aplicação da prisão preventiva. Em que pese a existência clara dos fundamentos e das hipóteses de cabimento, a ausência de lapso temporal máximo representa uma constante afronta à própria Constituição Federal. Portanto, é necessária uma reforma legislativa para incluir um prazo máximo de duração da prisão preventiva, nos moldes do diploma adjetivo português, o que já representaria uma significativa evolução em prol dos direitos e garantias fundamentais do acusado/investigado.

Dentre as justificativas, em sede pessoal, ela se justifica porque o pesquisador é advogado criminalista militante na cidade de São Luís/MA e professor universitário das cadeiras de Direito Penal e Direito Processual Penal, de forma que o estudo acerca da prisão preventiva, tanto no âmbito advocatício, quanto acadêmico, é recorrente na atividade profissional.

No âmbito acadêmico, a decretação indiscriminada das prisões pré condenatórias sofreu fortes interferências ao longo dos últimos anos no ordenamento brasileiro, incluindo a inclusão das medidas cautelares diversas da prisão, contudo numa análise tendo como exemplo o processo penal português, é possível constatar que a suposta evolução na sistemática brasileira representa muito pouco do que se almeja para um Estado Democrático de Direito.

E no viés social, igualmente relevante, pois um dos mais recentes levantamentos do Conselho Nacional de Justiça, na pesquisa de 2016 (INFOPEN), aponta para uma população carcerária alarmante em que, quase 50%, é de presos provisórios, o que revela a urgente necessidade de um limite à permanência do preso no estabelecimento prisional antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem esquecer que o encarceramento representa um elevado custo aos cofres públicos.

Para o desenvolvimento da dissertação, adotou-se como objetivo geral realizar análise da possível inconstitucionalidade do instituto prisão preventiva quando ausente a estipulação máxima de prazo.

Como objetivos específicos, tem-se: 1) entender a prisão preventiva brasileira sob o enfoque da previsão legal de prazos e condições para a sua decretação; 2) verificar as possíveis lesões aos princípios e garantias são lesados diante da decretação de prisão preventiva sem prazo de vigência no Brasil; e 3) analisar se a decretação desmedida da prisão preventiva resgata a concepção de Direito Penal do Inimigo e ofende os Direitos Humanos, valendo-se da prisão preventiva portuguesa como exemplo.

A presente investigação enquadra-se em duas formas de investigação, um primeiro de análise da legislação brasileira e portuguesa em razão do uso de



documentos escritos públicos e privados, tais como jurisprudências, leis, doutrinas, entre outros e; num segundo momento, da análise crítica construtiva, apoiando-se na aplicação das legislações brasileira e portuguesa como forma de justificar a hipótese¹.

Num primeiro momento, a análise passa pela leitura do inteiro teor das decisões paradigmáticas, destacando os trechos que se referem ao tempo de duração da prisão cautelar (preventiva). Em seguida, pretende-se a comparação entre o tempo de ergástulo prévio com a pena em concreto e o possível regime prisional inicial, a saber se, caso condenado, o réu cumpriria a pena em regime fechado. Por fim, será feita a comparação dos parâmetros utilizados pelo judiciário brasileiro e português para declarar o excesso de prazo característico da prisão preventiva ilegal.

A presente pesquisa terá uma abordagem quanti-qualitativa² que pressupõe uma análise dialética permitindo enxergar que ambas as abordagens podem ser trabalhadas em conjunto, trazendo elementos que se complementam e corroborando para uma interpretação mais abrangente da realidade posta.

Quanto ao método, abordagem metodológica utilizada será a indutiva, com um breve apanhado do materialismo histórico. O método indutivo é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam, tendo como fases de realização a observação dos fenômenos (na pesquisa mediante os dados obtidos), descoberta da relação entre os fenômenos e, por fim, generalização da relação.

Já o materialismo histórico caracteriza-se pelo movimento do pensamento através da materialidade histórica da vida dos homens em sociedade, isto é, trata-se de descobrir (pelo movimento do pensamento) as leis fundamentais que definem a forma organizativa dos homens em sociedade através da história³.

In casu, o método servirá para examinar os componentes de dois sistemas processuais, para assim conhecer as causas e naturezas dos problemas. E, para estabelecer uma formulação geral, buscou-se elementos legais, doutrinários e jurisprudenciais com o compromisso prévio de comprovar a formulação já estabelecida. Ao fim, servirá para utilizar a realidade do sistema prisional brasileiro como ponto de partida para uma das críticas que direcionará a pesquisa à resposta do problema⁴.

¹ Flick, 2009, p. 113.

² [...] a relação entre quantitativo e qualitativo (...) não pode ser pensada como oposição contraditória (...) é de se desejar que as relações sociais possam ser analisadas em seus aspectos mais 'concretos' e aprofundadas em seus significados mais essenciais. Assim, o estudo quantitativo pode gerar questões para serem aprofundadas qualitativamente e vice-versa. (Minayo; Sanches, 1993, p. 247).

³ Lakatos; Marconi, 2010, p. 84.

⁴ Pasold, 2011, p. 38-39.



Nesse aspecto, além de uma abordagem teórica referente ao resgate histórico do surgimento da prisão preventiva, seguida de uma abordagem qualitativa de caráter exploratória, de modo a avaliar os mecanismos de controle social do Estado sob a justificativa de uma política de segurança pública que almeja a segregação daqueles que são os sujeitos a quem se realmente destina a criminalização das condutas.

A finalidade da pesquisa descritiva é observar, registrar e analisar os fenômenos ou sistemas técnicos, sem, contudo, entrar no mérito dos conteúdos, de modo que o processo descritivo visa à identificação, registro e análise das características, fatores ou variáveis que se relacionam com o fenômeno ou processo estudado. Já a pesquisa exploratória, conforme evidência Gonçalves (2014, p. 45), visa à descoberta, o achado, a elucidação de fenômenos ou a explicação daqueles que não eram aceitos apesar de evidentes.

Para alcançar os objetivos da pesquisa e de modo a organizar sistematicamente a elaboração final da dissertação, em um primeiro momento, pretende-se realizar um levantamento bibliográfico básico referente aos conceitos que compõem o referencial teórico, tais como a teoria do etiquetamento social, o direito penal do inimigo e a expansão do direito penal nas sociedades pós-industriais, dos direitos humanos, seguida da devida catalogação das obras e artigos científicos por conteúdos, dos mais gerais aos mais específicos. Nessa fase serão utilizados os métodos da pesquisa bibliográfica e documental.

Esta técnica propõe analisar o que é explícito no texto para obtenção de indicadores que permitam fazer inferências. Assim, a análise de conteúdo temática seguirá as seguintes etapas: pré-análise; exploração do material e tratamento dos resultados/inferência/interpretação. Após a pré-análise e exploração do material, os resultados serão avaliados, utilizando-se para isso, a inferência e interpretação dos resultados obtidos com o auxílio da fundamentação teórica adotada. Através da inferência, deduzimos de maneira lógica algo do conteúdo que está sendo analisado. fatores que determinam suas características.

A terceira etapa descrita acima terá como critérios de análise e avaliação o conteúdo obtido, através da comparação dos sistemas jurídicos (brasileiro e português) de modo a permitir a sistematização das ideias acerca da problemática do estudo, durante toda a realização da pesquisa será executado o plano de estudos indicado pela orientadora, com a qual serão discutidas as abordagens teóricas e os dados bibliográficos levantados até a elaboração final e defesa pública da dissertação.



2 A Prisão Preventiva e os Princípios Processuais a ela inerentes

O encarceramento não faz parte da natureza humana, sendo a liberdade um direito fundamental seu que está garantido ao longo de todo o texto constitucional. Entretanto, a história da civilização humana demonstra que desde o início o homem tornou-se perigoso para os seus semelhantes.

Para Greco (2017, p. 46) a história do Direito Penal confunde-se com a própria história da humanidade. A primeira pena conhecida pelos indivíduos foi a expulsão de Adão e Eva do paraíso. Anos depois, a desobediência do primeiro homem e da primeira mulher resultou no primeiro homicídio da história humana, o de Abel, cometido pelo seu próprio irmão, Caim.

Fato é que após esses acontecimentos iniciais, todas as organizações sociais que surgiram possuíam regras e punições para que fosse possível estabelecer o mínimo de convivência entre os semelhantes. A pena provém do latim *poena* e do grego *poiné* e significa a inflição de dor física ou moral ao transgressor de uma lei (Greco, 2017, p. 47).

Beccaria (2005, p.15) estabelece que a origem das penas e do direito de punir se deu com o cansaço do homem de viver em um estado de contínua guerra, em que se tinha inimigos por toda parte. A liberdade, tão fundamental para o homem, de nada valia, já que este convivia com a incerteza de sua conservação. Tal pensamento nada mais é do que uma exposição clara acerca do contrato social, em que o homem dá uma parcela de sua liberdade para que possa viver em sociedade de forma a possuir segurança.

Desse modo, percebe-se que o homem não fez uma doação gratuita de uma porção de sua liberdade visando unicamente o bem público. Pelo contrário, essa doação se deu em razão de uma finalidade maior, pois ocorreu para que o homem pudesse gozar do resto dessa liberdade com segurança (Beccaria, 2005, p. 15).

Esse conjunto de liberdades que foram cedidas pelos homens constitui a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi declarado como o soberano do povo (Beccaria, 2005, p. 29).

Todavia, em virtude do histórico do homem e da sua inclinação para o mal, fez-se necessário o surgimento de alguma medida que estabelecesse uma punição para afastar eventual usurpação, levando o povo ao caos e a insegurança outrora estabelecida. Dessa concepção, nascem as penas e o direito de punir (Beccaria, 2005, p. 15).

Consoante a esses pontos, é evidente que o homem possui dois grandes motores que guiam as suas ações: o prazer e a dor. Nesse compasso, as penas colocadas pelo



legislador devem ser mais fortes à medida que se tornam mais prejudicial ao bem público. Tal pensamento importa necessariamente em um princípio que hoje guia o Direito Penal, o da proporcionalidade da pena, que surge com o objetivo de evitar punições que excedam a conduta praticada (Beccaria, 2005, p. 39).

Nesse mesmo sentido, Beccaria (2005, p. 92) acredita que somente as leis podem fixar as penas referentes a cada delito. E que somente o legislador tem tal poder, pois ele representa a soma das liberdades individuais de cada indivíduo.

Percebe-se que, para Beccaria (2005, p. 115), as leis apresentam uma alta importância e tudo que extrapole esse fundamento deve ser tido como ação arbitrária. É visível que as leis surgiram para assegurar uma vida no meio social, já que o homem desde os tempos remotos precisou viver com os demais. Não sendo próprio do homem a solidão.

Desse modo, o que é definido como crime e as suas respectivas penas devem acompanhar os bens jurídicos que a sociedade considera indispensável para que se mantenha a ordem no corpo social. Assim, a pena apresenta o escopo de punir as transgressões dos demais atores sociais, possibilitando que nesse contexto surgisse o direito de punir.

Por ocasião dos constantes questionamentos acerca da demora para a punição de criminosos, o que não pode se confundir com a cautelaridade da prisão preventiva, discute-se a razoável duração do processo globalmente desde o término da Segunda Guerra Mundial, principalmente pela repercussão internacional da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), editada em resposta ao que os Estados totalitários provocaram.

Em que pese a declaração não fixar materialmente um prazo definitivo para a duração do processo penal, ou para as prisões cautelares, é possível afirmar que o paradigma anterior foi rompido, fazendo preponderar dessa vez os direitos fundamentais individuais, ao invés do interesse estatal. (Castilhos, 2013, p. 108).

Em seguida, a Convenção de Roma (1950) criou uma normativa geral que servia aos integrantes das Nações Unidas; e foi sucedida pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966), que também não fixava um prazo exato, mas preconizava que a prolongação indefinida lesava, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana, além de lesar física e psicologicamente o indivíduo processado. (Castilhos, 2013. P. 109).

Já no Brasil, a principal referência ao sistema cautelar de prisões foi a Lei nº 12.403/2011, que o modificou severamente, trazendo modificações fundamentais, como a perda da autonomia da prisão em flagrante e a arregimentação de uma série de pré-requisitos para a decretação da prisão preventiva, além de empecilhos obrigatórios para



a sua concessão, a saber das cautelares diversas da prisão, numa tentativa de resgate à *ultima ratio*.⁵

A ressalva é que a decretação da prisão preventiva somente será (ou deveria ser) adotada nos casos em que as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, se mostrem insuficientes, mesmo que se trate de crimes hediondos.

A prisão preventiva, como medida cautelar processual penal que é, depende do funcionamento de todo um sistema processual pensando, em tese, para garantir a eficiência da pena.

Em atenção ao princípio da Legalidade, a prisão preventiva subsiste em decorrência da previsão legal no Código de Processo Penal Brasileiro. O diploma elucida os parâmetros da utilização do instituto que, aliados à principiologia, servem como as normas que dão norte à acusação, à defesa e ao próprio julgador.

Compreende-se, portanto, que as normas representam um entrelaçar entre dispositivos de lei e os princípios aplicáveis ao direito, constituente um elemento norteador da atuação jurisdicional acerca da prisão cautelar no ordenamento brasileiro.

Trata-se de institutos construídos a partir da interpretação sistemática de textos legais: as normas. E, é nesse contexto que os dispositivos surgem como objetos da interpretação, sendo as normas o seu resultado. Ou seja:

são preceitos que que tutelam situações subjetivas de vantagem ou vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam as pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem (Silva, 2014, p. 93).

Para Alexy (2014, p.5), fazem parte desse conteúdo de norma os princípios, também reconhecidos como *comandos de otimização*, são responsáveis por balizar a interpretação da lei e dar-lhe uma finalidade além do texto positivado, proporcionando uma análise além da simples interpretação literal. E não se descarta o confronto de princípios para a resolução das demandas, especialmente pelos princípios colidentes, que, se considerados separadamente, sempre compreendem comandos *prima facie*.

Canotilho (1999, p. 1.090) define os princípios jurídicos fundamentais como aqueles “historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.”

⁵ BRASIL, 2011, artigo 310, II.



Por sua vez, a Constituição deve resgatar a sua normatividade através de um trabalho de interpretação que, sem ignorar os fatos concretos da vida, consiga concretizar “de forma excelente” (Hesse, 1991, p. 22-23) os seus princípios.

Para Silva (2014, p. 93), os princípios são ordenações que se irradiam e imantem os sistemas de normas. Ao revés das regras, eles não representam comandos estáticos e pré-fixados, não são absolutos, somente seus fundamentos adquirem esse rótulo.

Por tal razão, não se concebe a revogação de um princípio frente a outro. Na verdade, a querela deve ser superada considerando a incidência preponderante de um sobre o outro (Ávila, 2005, p. 28)⁶.

Assim, é de se condeirar a maior ou menor incidência dos princípios, gradualmente aplicados, a depender da sua incidência nos casos concretos. O que não se repete nas regras, por serem absolutas, podem ou não ser aplicadas, sem meio termo (Ávila, 2005, p. 29).

A doutrina separa os princípios em duas categorias: os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais (Silva, 2014, p. 95). Os primeiros são representados por decisões políticas fundamentais concretizadas em normas do sistema constitucional positivo, tratam, em especial, de decisões políticas fundamentais sobre a forma de existência de cada nação (Silva, 2014, p. 95). Os princípios jurídico-constitucionais decorrem de certas normas constitucionais, são gerais e informadores da ordem jurídica nacional (Silva, 2014, p. 95).

Alexy (2014, p. 72) também relata como divisor de águas na aplicação dos princípios o advento da cultura pós-positivista, vez que surgiam imbróglios insuperáveis pela simples aplicação das normas jurídicas. Esse foi o momento em que o Direito e outras searas do conhecimento, inclusive a Moral, tudo em prol do alcance da aproximação da interpretação da norma com os outros ramos, especialmente da filosofia⁷, para que se pudesse discutir valores (como da justiça) e se almejasse concretamente a legitimidade democrática e o bem comum. O ideal pós-positivista, portanto:

busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras (Alexy, 2014, p. 73).

⁶ Se houver casos em que ocorram conflito acerca de qual princípio deva ser aplicado numa dada situação, utiliza-se a técnica da ponderação (Alexy, 2014, p.15). Essa técnica consiste na ideia de verificar-se qual princípio possui maior dimensão de peso, sem que o outro seja considerado inválido (Ávila, 2005, p. 28).

⁷ Daí a reconhecida aproximação entre o Direito e a Ética (Alexy, 2014, p. 74).



Admitindo-se um fim alcançável, um conteúdo almejado, fica clara a natureza finalista dos princípios (Ávila, 2005, p. 70). Sabido o objetivo, o intérprete deve encontrar os meios, que proporcionem o alcance gradual dessa finalidade, através de institutos não só jurídicos (Ávila, 2005, p. 71). Ou seja,

se o estado das coisas deve ser buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza (Ávila, 2005, p. 71).

Ávila (2005, p. 70) esclarece que alguns comportamentos passam a ser mandatórios, vez que, sem eles, o alcance prático das normas não será possível, a sua finalidade será ineficaz, vazia.

Portanto, para estudar os princípios, cinco etapas devem ser seguidas: a descrição máxima da finalidade (porque quanto menos claro o propósito, menos controlável é a realização); a identificação de situações paradigma que permitam o esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado; o exame das semelhanças capazes de identificar e constituir grupos de casos que girem em torno da solução de um mesmo problema central; a averiguação de critérios capazes de delimitar os bens jurídicos componente do estado ideal das coisas e de quais são os comportamentos considerados à sua realização; e o revés, descobertos os estados das coisas e os comportamentos necessários à sua promoção, torna-se necessária a averiguação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em baila (Ávila, 2005, p. 74).

A primeira etapa, se inicia com a leitura da Carta Magna, atento aos dispositivos correlatos ao princípio em análise. Em seguida, equacionam-se os dispositivos em função dos princípios fundamentais e da eliminação da vagueza dos fins através de outros dispositivos constitucionais, que possam limitar a aplicação. (Ávila, 2005, p. 75).

Já a segunda etapa, identificada como pesquisa das situações paradigma, busca o esclarecimento das condições do estado ideal de coisas almejado pelos comportamentos já existentes. Ou seja, a busca por casos modelo, de *leading cases*, dada a sua maior amplitude valorativa (Ávila, 2005, p. 75). De forma pragmática, trata-se da busca pela jurisprudência dos tribunais de referência, com o cotejo analítico do conteúdo das decisões que nortearam o posicionamento reincidente em favor de um princípio ou de outro.

A terceira etapa, que a de construção dos grupos semelhantes, trata da identificação e separação dos casos que seriam interpretados de acordo com os *leading*



cases da fase anterior, averiguando meios e valores responsáveis pela solução do imbróglio (Ávila, 2005, p. 75).

A quarta etapa já trata da delimitação de bens jurídicos componentes do estado ideal das coisas e os comportamentos a partir da análise de critérios que possibilitem a separação desses bens jurídicos. Feito isso, devem ser explanados os critérios e fundamentos adotados àquelas escolhas. (Ávila, 2005, p. 74).

A derradeira etapa, o cotejo análisto da jurisprudência deve ser feito, com auxílio da análise crítica do resultado encontrado. Em seguida, faz-se a reconstrução do raciocínio de acordo com o princípio em exame, observando-se as consequências da sua não utilização⁸.

Passado o introito, serão abordados os princípios mais relevantes para esta pesquisa no âmbito do processo penal, que são coincidentes em boa parte dos ordenamentos democráticos.

2.1 O princípio da jurisdicionalidade

Entendido como princípio consagrador do direito de ser processado por magistrado competente e imparcial, e da vedação de juízos os tribunais de exceção (art. 5º, incisos LIII e XXXVII da Constituição Federal), o princípio da jurisdicionalidade deriva, doutrinariamente, do juiz natural, pois abrange uma gama maior aspectos acerca da função exercida por um juiz.

A ordem é assegurar – dentro do possível e humanamente reconhecível – a imparcialidade, a naturalidade e o comprometimento do juiz, para almejar a eficácia máxima das normas constitucionais no exercício da atividade judicante (Lopes Júnior, 2019, p. 180).

Para Lopes Júnior (2019, p. 180), cabe ao juiz assegurar que o réu terá o pleno exercício do direito constitucional de ter um processo justo, legítimo e cadenciado. Isso está umbilicalmente interligado ao encarceramento cautelar do ordenamento jurídico brasileiro e a visualização do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal).

Em seara internacional, o princípio encontra guarida nos arts. 7º.3 e 8º.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao prelecionarem que “ninguém será submetido a detenção ou encarceramento arbitrários” (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1696) e que:

⁸ Assim, torna-se possível “superar a mera exaltação de valores em favor de uma delimitação progressiva e racionalmente sustentável de comportamentos necessários à realização dos fins postos pela Constituição Federal” (Ávila, 2005, p. 75).



toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969).

No âmbito constitucional pátrio, merecem destaque os incisos XXXIV e XXXV do art. 5º. A propósito:

Art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (Constituição Federal, 1988).

Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Noutra quadra, a competência também é objeto de proteção pelo princípio da jurisdicionalidade, pois o art. 5º, inciso LXI da Carta Magna⁹, além de exigir a ordem escrita e fundamentada, determinar que seja dada por “autoridade judiciária competente”, numa evidente tentativa de suprimir as situações de prisões ilegítimas a serem decretadas por outrem, que não emanem do Poder Judiciário.

A realidade é que o citado princípio tangencia a atuação jurisdicional ao garantismo penal¹⁰, atento às normas constitucionais, a proteção dos direitos fundamentais e à não negligência das proteções individuais, independentemente do acusado ou do crime perpetrado (Lopes Júnior, 2019, p. 180).

O objetivo, de forma concreta, é assegurar que durante a execução das fases processuais penais, o magistrado permaneça independente, livre de qualquer manipulação política ou social que possa influenciar suas decisões, insusceptível a qualquer tipo de pressão que possa surgir (Lopes Júnior, 2019, p. 181).

A doutrina (Távora; Alencar, 2016, p. 45) reforça a importância de haver uma desvinculação do juiz ao processo, para que se exija a imparcialidade necessária como uma fração essencial da atividade judicante, sob pena de ser retroceder em todo o

⁹ Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. (Brasil, 1988).

¹⁰ A aplicação do direito penal deve respeitar, o máximo possível, os princípios norteadores da ideologia garantista, a saber: *nulla poena sine crimini, nullum crimen sine lege, nulla lex (poenalis) sine necessitate, nulla necessitas sine injuria, nulla injuria sine actione, nulla actio sine culpa, nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione* (Ferrajoli, 2002, p. 307). Respectivamente: não há pena sem crime; não há crime sem lei (anterior que o defina); não há lei penal sem necessidade; não há necessidade sem ofensa; não há ofensa sem ação; não há ação sem culpa; não há culpa sem processo.



processo principiológico e democrático que se almeja. Por isso, é igualmente determinante para a consecução dos preceitos constitucionais, a imparcialidade e independência¹¹ do julgador como características de uma postura honesta (Távora; Alencar, 2016, p. 46). Nesse pensar:

Mesmo que não se possa concluir pela imunização do processo contra a atividade judicial, que sempre envolve subjetividade, o resguardo da atividade de julgar pode ser elaborado a partir do distanciamento do magistrado, exatamente como oposição ao sistema inquisitorial que convergia no polo oposto: onipresença do juiz (Gloeckner, 2013, p. 173).

O juiz atuar também como um investigador, ou seja, reconstruirá os fatos processualmente, mas não somente a partir de fatos isolados, pois não deve limitar a investigação à relação da pessoa com o mundo exterior. Ele deve almejar o conhecimento íntimo, o da alma do acusado (Carnelutti, 2006, p. 49).

Afinal, só é possível saber o que o indivíduo quis fazer quando se conhece o seu histórico; não se pode apenas considerar o ato em si (Carnelutti, 2006, p. 50), por isso que esse histórico realizado pelo juiz permitirá descobrir a verdadeira intenção do réu ou indiciado, notadamente no aspecto de ter feito o que realmente queria fazer, visto que a ação humana, nesse caso, não se resume a um único ato, mas a todos que, conjuntamente realizados, levam à consumação de um crime. Ou mesmo, para identificar fatos e circunstâncias em benefício ao réu, seja pela simples incidência de uma causa de diminuição de pena ou pela presença de um excludente de ilicitude. O investigador, portanto, também vai produzir elementos de garantia de um julgamento justo, alicerçado no devido resguardo dos direitos e garantias fundamentais. (Carnelutti, 2006, p. 50).

Navegando entre os dois pólos, de vítima e autor do fato, o julgador deverá tutelar aquele que se encontra mais frágil, seja no momento da ocorrência do crime (vítima), seja quando se inicia a persecução penal, que passa a ser o acusado, já que fica sujeito à violência institucionalizada inerente ao próprio processo e, posteriormente, à da pena (Lopes Júnior, 2019, p. 32).

Ao falar-se em onerosidade à liberdade individual, refere-se à prisão preventiva como medida processual ou pré-processual mais gravosa, razão pela qual, possui um caráter excepcional, ou seja, é o último recurso (*ultima ratio*) a ser utilizado para tutelar a ordem pública, a ordem econômica, a investigação ou o processo em

¹¹ Lopes Júnior (2019, p. 238) relembra que não se espera uma independência plena, sob pena de confundir-se com a arbitrariedade e o autoritarismo judicial. E isso enfrentará os limitadores do conjunto probatório processual e na obrigação de fundamentação de suas decisões. Isso tudo sob a ótica de se evitar a adoção de preceitos inquisitórios na ação judicante, como visto de forma recorrentes com o único objetivo de obter apoio público ao alvo de estarem “erradicando o mal” e legitimando sua conduta ao alimentar um inexistente sentimento de “justiça” (Gloeckner, 2013, p. 172).



curso ou assegurar a sua efetividade de forma a garantir que a lei penal se faça aplicável (Pacelli; Costa, 2013, p. 40).

Duas são as peculiaridades que a distingue das demais medidas cautelares: seu caráter subsidiário e excepcional. Essas características exigem que a autoridade judicial que esteja à frente do caso analise o processo com bastante cautela para garantir que o réu não seja preso injustamente, se fazendo necessário o cumprimento do princípio da jurisdicionalidade como garantia que o acusado poderá exercer todas as suas faculdades no processo e que haja um devido estudo por parte dos órgãos jurisdicionais a fim de que se emita uma resolução motivada e conforme o ordenamento jurídico vigente (Sanguiné, 2014, p. 693).

A força vinculante dos direitos e garantias fundamentais determina ao Poder Público o dever de maximizar sua eficácia, conforme previsão legal do §1º, do art. 5º da Constituição Federal. Para Sanguiné (2014, p. 693), no Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais funcionam como verdadeiros limitadores e, secundariamente, legitimadores do poder punitivo Estatal, portanto, além de salvaguardar o indivíduo em face dos poderes públicos, exercendo uma função protetora, também atuarão de forma a servir para o legislador como critério para distinguir o justo do injusto.

Prezando pela soberania popular, é inegável a reafirmação do Estado Democrático de Direito como filosofia política nacional na Constituição Federal de 1988. Isso para que a população não sirva de mera destinatária das normas jurídicas e das demais formas de política pública, mas, concretamente, que possa participar da construção de tais procedimentos como é entendida a democracia instrumentalizadora do Estado legítimo para a afirmação dos direitos fundamentais (Pacelli; Costa, 2013, p. 39).

Por isso, identificando como direitos expressamente previstos na Constituição Federal, a legalidade, a presunção de inocência, a proporcionalidade, a liberdade e o devido processo legal, funcionam como reguladores da prisão provisória (Sanguiné, 2014, p. 688) e daí decorre a importância do princípio da jurisdicionalidade, garantidor do absoluto cumprimento desses direitos pela autoridade judicial. Reguladores estes que, apesar de sua importância, não são absolutos, visto que sujeitos a determinadas restrições.

Para Sanguiné (2014, p. 688), tais restrições são classificadas como internas, ou intrínsecas, que servem para definir o próprio conteúdo do direito; e externas ou extrínsecas, que estão expressas na própria norma fundamental ou em norma infraconstitucional.

Ciente que as medidas cautelares funcionam como limitadoras dos direitos fundamentais e, para que sejam dotadas de validade constitucional. Para Sanguiné



(2014, p. 624) tais requisitos são a reserva legal¹²; a motivação da limitação¹³; a existência de um fim constitucionalmente legítimo¹⁴; a proporcionalidade¹⁵; o cumprimento do princípio *favor libertatis*¹⁶ e o da interpretação mais favorável para a sua efetividade¹⁷ (Sanguiné, 2014, p. 624).

Evidenciada a importância do princípio da jurisdicionalidade, torna-se latente a necessidade de utilizá-lo como um dos referenciais na atividade judicante, para que se alcance um direito penal e processual penal constitucionais e democráticos.

2.2 O princípio da presunção de inocência

Descrito atualmente na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (artigo 8, item 2), o princípio da presunção de inocência abriga local de extrema relevância para a processualística penal. Surgido no Brasil desde a Magna Carta de 1215, onde teve destaque no art. 39, ainda que de forma implícita, já se reconhecia que os homens livres deveriam ser julgados pelos seus pares e de acordo com a Lei dos homens, de forma a desvincular o julgamento do âmbito religioso, ou seja, o julgamento perpetrado por uma criatura divina (Bento, 2007, p. 35).

Tal qual a jurisdicionalidade, a presunção de inocência também se conecta com o devido processo legal. Isso porque, a discussão acerca da culpabilidade de algum indivíduo por determinada infração penal só será possível após o pleno exercício de ampla defesa técnica que contradite à acusação imputada (Bento, 2007, p. 146). Em suma, o acusado somente poderá ser tratado como culpado após todo o trâmite processual, em respeito ao regime democrático de Direito vigente no Brasil.

Em consonância com esse pensamento, Ana Paula Guimarães (2013, p. 75), ao falar do Princípio da Presunção de Inocência, leciona que:

O princípio em causa está umbilicalmente ligado a um Estado de Direito democrático emergente de uma estrutura político-social respeitadora da liberdade na condução da vida e regulação das relações no seio do grupo comunitário — na tricotomia indivíduo/indivíduo, indivíduo/grupo ou

¹² Devem estar previstas em lei e suficientemente determinadas, sendo admitidas somente com base em uma lei formal aprovada pelo Poder Legislativo, devendo também o legislador determinar os pressupostos para tal limitação, evitando que a autoridade judicial aja de forma discricionária.

¹³ Medidas devem sempre ser justificadas e as decisões limitadoras suficientemente motivadas, pois, somente através da motivação é possível fazer o necessário juízo de proporcionalidade entre o sacrifício do direito fundamental e a causa que obedece

¹⁴ Devem ser necessárias para alcançar o objetivo almejado; devem ainda ter finalidade protetora de direitos ou valores constitucionalmente legítimos.

¹⁵ Necessária aplicação segundo os critérios da proporcionalidade em relação com o bem ou direito que limitam.

¹⁶ A favor da liberdade.

¹⁷ Levar em consideração que os limites também não são absolutos, que as normas limitadoras se integram em um único ordenamento jurídico inspirado pelos mesmos princípios, condicionam-se reciprocamente e são igualmente vinculantes; além disso, atenta-se para o fato de que os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma expansiva, diferentemente de seus limites, interpretados de forma restritiva.



grupo/grupo — que assenta na proclamação e exigência de respeito pela dignidade da pessoa humana, em que valores como os da solidariedade, liberdade e justiça terão de orientar a busca da verdade e a obtenção da paz jurídica.

Outros diplomas legais também implantaram a presunção de inocência, reafirmando a sua importância em todo regime democrático de direito. Merecem destaque a declaração de Virgínia de 1776, que assegurou o direito de defesa nos processos criminais, o julgamento célere por júri imparcial e a garantia de que ninguém seria privado de sua liberdade, exceto por lei da terra ou julgamento de seus pares; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, preconizando em seu art. 9º a presunção de inocência; a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem de 1950 (art. 6-2); e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art. 8º, I e II) (Bento, 2007, p. 36-45).

Já no Brasil, o princípio da presunção de inocência somente foi introduzido, de forma expressa, no ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal de 1988 (Bento, 2007, p. 76), o art. 5º, inciso LVII dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Brasil, 1988).

Para Lopes Júnior (2016, p. 79), o postulado assume uma dimensão interna e outra externa: a inicial é o dever de tratamento imposto, inicialmente ao juiz, determinando que a obrigação de provar as alegações feitas na denúncia ou queixa seja inteiramente do acusador e, posteriormente, que a dúvida conduza à absolvição (*in dubio pro reo*¹⁸); e a segunda, externa, é a proteção contra a publicidade abusiva e estigmatização precoce do réu, constituindo limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.

Não se trata, contudo, de uma circunstância impeditiva da custódia cautelar do acusado, somente uma garantia que os critérios para a decretação sejam observados, sob pena de a custódia cautelar passar a ser considerada absolutamente ilegal (Bento, 2007, p. 142). Trata-se de direito fundamental de primeira geração, demandando do Estado uma obrigação de abstenção ou omissiva, de caráter limitador, traduzida na impossibilidade de satisfação do direito penal objetivo senão após o regular trânsito em julgado da decisão condenatória (Bechara, 2005, p. 158).

Dessa forma, percebe-se que é possível haver uma relação de coexistência entre a prisão preventiva e a presunção de inocência, desde que esta seja decretada em conformidade com a norma processual penal, ou seja, “as limitações de liberdade pessoal somente podem ser impostas com vista à satisfação de exigências de caráter cautelar ou estritamente inerentes ao processo” (Sanguiné, 2014, p. 188).

¹⁸ Na dúvida, deverá prevalecer a inocência do réu.



A restrição à liberdade de locomoção trazida pela prisão preventiva pode ser justificada pelo reconhecimento de que a atividade persecutória Estatal não está sendo suficiente para assegurar a consecução dos fins objetivados no processo penal, ou seja, essa medida se torna imprescindível para o regular prosseguimento do processo, razão pela qual é possível afirmar que há uma relação de convivência harmoniosa entre os dois (Bechara, 2005, p. 161).

Apesar de nos dias de hoje a prisão preventiva ter o caráter estritamente cautelar, o sistema prisional do Código de Processo Penal, em sua antiga redação, trazia um juízo de antecipação de culpabilidade (melhor dizendo, de responsabilidade pelo crime que estava sendo imputado ao réu ou indiciado), visto que a fundamentação da custódia se referia apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica (Pacelli, 2019, p. 31).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e, posteriormente, através da lei 11.719 de 2008 a presunção de inocência (implicitamente) passou a ter valor normativo e a ser considerada em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, por isso, tanto a fase investigatória quanto a instrutória. Nesta conjuntura, por conseguinte, a prisão cautelar passou a exercer sua verdadeira função (Pacelli, 2019, p. 32).

A prisão preventiva, assim como a prisão pena, geram a privação de liberdade. As duas, no entanto, não podem ser confundidas, principalmente no âmbito de suas funções, pois a primeira figura como instrumento auxiliar de administração da justiça, o que faz com que garanta a realização do objetivo da segunda, que é o da justiça (Bechara, 2005, p. 161).

Portanto, a presunção de inocência protege o indivíduo até o momento em que este age licitamente, caso contrário, sempre com observância dos requisitos legais, este princípio, assim como o direito à liberdade de ir e vir será relativizado para que o Estado possa garantir efetividade ao processo penal, ou seja, quando houver “risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo” (Pacelli, 2019, p. 607).

É importante frisar que, apesar de esses dois direitos serem relativizados, em razão das premissas constitucionais, a autoridade responsável por exercer a jurisdição penal deverá dar plena efetividade a todo e qualquer direito ou garantia que seja o réu ou indiciado titular, como por exemplo, o devido processo legal (Pacelli, 2019, p. 607).

Bechara (2005, p. 163) ainda afirma que, na coexistência de prisão cautelar e presunção de inocência, existe um ponto de tensão que envolve o objeto do processo penal de um lado e o direito de liberdade, podendo ser entendido como a defesa social que abriga o direito social à segurança, cujo conteúdo material é baseado na harmonia e paz social; e o segundo como um reforço da preservação da presunção de inocência, mitigando o espaço da legalidade ou ilegalidade das eventuais restrições que



eventualmente venham a ser impostas, o que, inclusive, confirma o caráter excepcional da prisão preventiva.

Compreendido não ser uma antecipação da pena, o fundamento constitucional da prisão cautelar é o direito social à segurança, mesmo que esta medida cautelar, por si só, traga consigo uma afirmação mínima de culpabilidade como pressuposto de legalidade necessário para autorizar a medida constritiva (Bechara, 2005, p. 162). Vale frisar que

Da mesma forma que o constituinte consagrou a presunção de inocência como direito fundamental de natureza individual, admitiu expressamente a intervenção Estatal na esfera pessoal do acusado, não somente através da possibilidade de pena, mas através da previsão dos instrumentos necessários a tornar eficiente a persecução criminal, legitimando, inclusive, as providencias de caráter constritivo aos direitos fundamentais (Bechara, 2005, p. 162).

É igualmente compreensível que, utilizados da forma adequada, os mecanismos e pressupostos legais e constitucionais legitimam a cautelar prisional sem presunção de inocência. Noutra quadra, em sendo decretada como instrumento de intimidação geral ou como forma de expiação antecipada da pena, ou mesmo resgatando a ideia de prisão preventiva como meio obtenção de confissão, ela perde sua constitucionalidade e passa a ser um meio coercitivo Estatal absolutamente ilegal (Bento, 2007, p. 154).

A realidade, é que tais requisitos não se observam na maioria das prisões preventivas, o que ainda será objeto de estudo neste trabalho, o que reforça a necessidade de se ter um prazo máximo estipulado, como forma de impedir os sucessivos abusos e a deturpação do instituto, caso contrário, ela continuará sendo utilizada como instrumento de antecipação de pena e de marginalização daqueles selecionados para serem objeto das punições.

2.3 O princípio da dignidade da pessoa humana

O mais relevante dos princípios elencados no trabalho em correlação com a prisão preventiva é o da dignidade da pessoa humana, que se replica na legislação constitucional pátria, além de previsto em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e deve obediência.

Cronologicamente, o Brasil tem um histórico constitucional relevante de previsão do princípio da Dignidade da Pessoa humana, o que se faz crer que sempre houve essa preocupação com a proteção do indivíduo.



A Constituição Brasileira de 1934, é a primeira a fazer referência expressa quanto a dignidade, no dispositivo 115:

Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.
Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País.

Essa Carta Magna inaugura a perspectiva de pensamento voltados aos direitos fundamentais das pessoas, enfatizando o aspecto social que guiaria o país ao novo formato de desenvolvimento (Bonavides, 2017, p. 374-385). Entretanto, os direitos sociais, da forma como se vê atualmente, eram embriões em estágio inicial de crescimento.

A Constituição Brasileira de 1946, apesar de mencionar a dignidade de forma semelhante à constituição anterior, foi responsável pela ampliação do espectro da dignidade humana, avançando para o que Estado brasileiro precisava para a etapa política vivida, a redemocratização, almejando destacar as liberdades individuais. Nesse mister:

Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.
Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna.

Por sua vez, a Constituição Brasileira de 1967, em que pese replicar o conceito no mesmo título das constituições anteriores, foi a responsável pela definição mais clara e objetiva da dignidade da pessoa humana, inclusive a explicitação do termo “dignidade humana”:

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
I - liberdade de iniciativa;
II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; [...]

É tamanho o valor de tal enunciado, que a Emenda Constitucional de 1969 o repete no artigo 160.

Não bastou constar no texto constitucional, nem mesmo de forma clara e objetiva, a dignidade da pessoa humana. O Brasil vivia o período ditatorial, em que as leis (e a política) visavam a supremacia do interesse estatal sobre o individual, numa verdadeira pujança do Estado sobre os cidadãos.



Em meio à dificuldade de acesso às instituições democráticas, e a conduta do governo seguia a contramão do que pregava a Constituição, inclusive com a edição dos atos institucionais que tolhiam direitos dos cidadãos.

É inegável que a dignidade estava umbilicalmente ligada à produção econômica e à organização do trabalho, porém, até então, o aspecto da dignidade estava sendo tratado a partir da perspectiva do indivíduo em relação ao Estado e seu papel de serviço aos interesses deste.

Já a Constituição de 1988, apelidada de “constituição cidadã”, abraça fielmente a dignidade da pessoa humana e a eleva ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, retirando-a do capítulo de ordem econômica e social e inserindo-a no título dos Fundamentos Constitucionais. Vale citar:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

É nesse derradeiro momento de recepção da dignidade da pessoa humana que se busca trabalhar na investigação proposta.

Nas palavras de Affonso Celso Favoretto (2012, p. 36), a dignidade da pessoa humana ostenta status de princípio fundamental, de modo a constituir diretriz obrigatória a todos operadores do Direito.

Ela realça os direitos fundamentais, justificando limites ao exercício da atividade estatal, para protegê-los, ainda que de forma abstrata. No âmbito processual penal, trata-se de um instrumento de reforço dos direitos e garantias destinados ao cidadão sobre o qual recai a persecução penal.

É através da hermenêutica dele que se garante ao acusado o recebimento de tratamento digno por parte do Estado, ainda que no exercício do *jus puniendi*. Através dele, e corroborado pelo princípio da presunção de inocência e da jurisdicionalidade, que a sanção penal somente poderá ser aplicada após o esgotamento de todas as fases processuais, com observância estrita de todo seu conteúdo, sob pena de nulidade.

Ainda se tratando da dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet (2001, p. 60) define como:



“A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

Corroborando o pensamento de Sarlet, Gustavo Tepedino (1999, p. 48) assevera:

“Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento (...)”

A realidade é que a maioria das tentativas de conceituar o princípio derivam da definição filosófica de Kant, pela qual no mundo dos fins tudo tem um determinado preço ou mesmo uma dignidade. Aquilo que porventura não tenha, pode ser trocado ou substituído por outra coisa equivalente, enquanto aquilo que não é um valor relativo é superior a qualquer preço, é um valor interno insubstituível, é o que tem uma dignidade (Minagé, 2015, p. 45).

Por isso que, ao se discutir a exigência de um processo penal “eficiente” e a necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições de justiça, o solapamento da dignidade da pessoa humana não é uma opção, já que seus valores não são equalizáveis com a exigência de encarceramento em massa da pós-modernidade.

Afinal “o ser humano por ser detentor do fim em si mesmo, tem sua dignidade como algo superior a todos os demais direitos ou garantias que possam ser ou vir a ser expressos” (Minagé, 2015, p. 46).

Ainda sobre a dignidade, para Hannah Arendt (2007, p. 15-30), o homem é um fim em si mesmo, e a atividade humana deve ser voltada para satisfazer e suprir suas vontades e necessidades. Por isso, a objetividade do mundo – em seu caráter de coisa ou objeto – só tem sentido para corroborar a condição humana e a existência do homem.

Nessa linha, Barroso (2015, p. 284-288) reforça que a dignidade da pessoa humana é um conceito operacional, pois necessário um mínimo ao conceito de dignidade, devendo este ser laico, neutro e universal. Ele preleciona que o conceito tem balizas em três elementos: o caráter intrínseco de tal princípio; a autonomia; e o valor comunitário (Barroso, 2012, p. 127-196). O primeiro é o que singulariza a espécie humana, enfatizando que nenhum outro ser vivo é comparável ao homem. Para o



ministro, a dignidade é inata do ser humano, não derivando do empirismo ou do senso comum. E é isso que garante a igualdade, à não discriminação, integridade física e psíquica e, primordialmente, o direito à vida. A segunda baliza, a autonomia, é “o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa.” (Silva, 1998, p. 89-94).

Ou seja, é a capacidade de cada um tomar decisões por si mesmo, levando em consideração os seus valores pessoais adquiridos ao longo da vida, sem interferência do Estado ou exigido pela sociedade.

Já o valor comunitário, última das balizas, é o reflexo da interação do homem com o meio. Desta vez, é fortalecido o papel do coletivo sobre o individual e a capacidade do Estado de traçar os objetivos a serem alcançados em prol do bem-estar social.

Diante dessa concepção, conectar uma prisão preventiva por tempo indeterminado ao sentimento de dever cumprido do Estado culmina na ofensa frontal à dignidade da pessoa humana, pois o momento processual de decretação da citada cautelar antecede o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não se podendo vislumbrar, a partir dela, a antecipar a condenação, por motivos óbvios.

É necessário que se abandone a ideia de que a impunidade, ao contrário do que se passa com a opinião pública – a mesma que demanda eficiência rápida e dolorosa do *jus puniendi* – não decorre das garantias constitucionais concedidas às partes no processo criminal. O que não é sinônimo de flexibilização da justiça criminal, como disserta Tamer (2005, p. 23):

“A luta contra o crime exige, efetivamente, severidade das sanções penais correspondentes à gravidade do crime e efetiva punição dos culpados no mais breve espaço de tempo, de modo que a comoção social decorrente da ação criminosa seja apaziguada pela justa e pronta punição do criminoso. Mas não se pode descambar para o ‘terrorismo penal’ [...]”.

Selecionados e brevemente explicados os princípios mais relevantes para a investigação, passa-se à explanação sobre o instituto da prisão preventiva, com seu histórico, os pressupostos e os requisitos para a decretação na legislação brasileira.



3 Prisão preventiva: histórico, natureza jurídica e características

Explanados os princípios processuais penais norteadores da investigação, com expressa referência à prisão cautelar, passa-se à descrição específica da prisão preventiva.

O Código de Processo Penal brasileiro aprovado por meio do Decreto-lei 3.689 de 1941, e gestado sob a vigência da Constituição de 1937 (também conhecida como “polaca”), de forte influência do fascismo italiano, em pleno Estado Novo de Getúlio Vargas, que perdurou de 1937 a 1945, período este que, segundo Giacomolli (2015, p. 78) “foi cunhado como totalitário, ditatorial, conservador e reacionário”.

A grande influência do Código de Processo Penal foi o Código de Processo Penal italiano da década de 30, também conhecido como Código Rocco, de ideologia fascista (Giacomolli, 2015, p. 77). O fascismo visava impor a ordem e a disciplina na sociedade. Segundo Giacomolli:

O fascismo não acreditava na paz, mas na guerra, no combate incessante, na luta, no jogo. O reflexo disso no Processo Penal é representado pelo paradigma da necessidade de combater o acusado, a concepção de que o réu é inimigo do Estado, um inimigo da sociedade. (Giacomolli, 2015, p. 79).

Portanto, essa situação política só pode produzir uma espécie de código de programa interrogativo que se destaca na relação autoritária entre o Estado e o cidadão e, portanto, este último é objeto de estrito controle do Estado.

O sistema de inquérito trata o réu apenas como uma finalidade processual, ao invés de uma parte do sujeito e do processo de direitos. Ao final, além de todo gerenciamento de evidências, o juiz também combinará as funções de acusação, julgamento e defesa dos investigados (Minagé, 2013, p. 5). Segundo o autor, “a nomenclatura do sistema de interrogatório originou-se do interrogatório (Santa Inquisição - Tribunal Eclesiástico), e tinha por objetivo investigar e punir os hereges pelo clero” (Minagé, 2015, p. 5).

Embora a Lei de Processo Penal tenha inspiração fascista e modelo convincente, a Constituição Federal de 1988 acatou a Lei de Processo Penal e a reformulou gradativamente com o objetivo de adequá-la à atual nova constituição e Aproxime-o do sistema de processo penal acusatório (Nakaharada, 2015, p. 11).

O sistema de acusação é o oposto do sistema de interrogatório, pois as funções de acusação, julgamento e defesa são distintas, além de serem julgadas por um juiz justo e limitado, as partes também têm a incumbência de gerir as provas (Minagé, 2013, nº 5).



Na realidade brasileira, ainda estão presentes contrapontos entre a lei processual penal e a Constituição Federal, ocasiões em que, normalmente, o regime processual adotado é aquele que favorece ao órgão acusador, ainda que a carta magna devesse garantir o oposto. Essa incoerência acabou levando ao estabelecimento de um sistema de processo penal para esquizofrenia, e a interpretação da Lei de Processo Penal deve ser frequentemente interpretada de forma restritiva, pois muitos de seus dispositivos não são aceitos pela Constituição Federal (Nakaharada, 2015, p.12).

Por exemplo, o Código de Processo Penal brasileiro (art. 385), permite que, mesmo que a acusação e a defesa concordem na inocência do réu, o magistrado possa condená-lo.

A prisão preventiva, modalidade de prisão cautelar objeto do presente estudo, pode ser considerada como “verdadeiro instrumento persecutório e, por consequência lógica, ao revés de dispensar tratamento de caráter excepcional para a prisão cautelar, considerando-a como efetiva exceção à regra que é a liberdade” (Minagé, 2013, p. 91).

Devido à lógica incorporada ao Código de Processo Penal, a prisão processual passou a ser a regra e não uma exceção, “inclusive sem duração temporal definida, pois a culpa era presumida, ou seja, o ser humano já nasceria culpado” (Giacomolli, 2015, p. 110)

Conforme preconiza o título do artigo 5º da Constituição Federal, as regras de todo o ordenamento jurídico constitucional são a liberdade. Ainda que a pessoa física seja réu em processo penal, a regra será sua liberdade até que, de acordo com o princípio da inocência estipulado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, uma eventual condenação e sentença transite em julgado.

No entanto, ainda que seja considerado inocente, há situações excepcionais nas quais o indivíduo possa vir a ter a sua liberdade suprimida antes mesmo de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Conforme lecionado por Minagé (2013, p. 41), no ordenamento jurídico brasileiro, as prisões podem ser divididas em prisão pena e prisão cautelar ou processual.

A prisão pena encontra o seu fundamento em uma condenação à pena privativa de liberdade por meio de uma sentença penal transitada em julgado, ou seja, trata-se de “uma situação fática, debatida e apresentada exaustivamente no processo” (Minagé, 2013, p. 41).

Por sua vez, a prisão cautelar, ou processual, ocorre antes do encerramento da ação penal, ou seja, antes de uma sentença definitiva, e pode ser subdividida em 3 espécies: flagrante, preventiva e temporária. Ao contrário da prisão pena, a prisão cautelar encontra o seu fundamento na cautelaridade, que se trata da necessidade de assegurar a eficácia da prestação da tutela jurisdicional (Minagé, 2013, p. 24). A



cautelaridade possibilita o pleno exercício não só da acusação como também do direito de defesa, garantindo a eficácia do direito de punir (caso ocorra a sentença condenatória transitada em julgado) e o direito à ampla defesa e ao contraditório, garantias constitucionais em todos os processos e procedimentos administrativos. (Minagé, 2015, p. 92).

Porém, por ser decretada antes do exaurimento da ação penal, a prisão cautelar carrega em si “uma carga exorbitante de dúvidas quanto ao alegado e decidido, justamente pela falta de aprofundamento do conteúdo fático da questão” (Minagé, 2015, p. 91).

A realidade é que as prisões cautelares atuam – ou deveriam atuar – no campo da excepcionalidade. Trata-se do encarceramento do sujeito, sem tempo originariamente determinado, em razão de sua liberdade comprometer o resultado útil do processo. Conforme dispõe o art. 283, §4º do Código de Processo Penal:

O caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.

Desse modo, somente a privação total da liberdade do imputado, em tese, poderia assegurar a eficácia processual, sendo necessário, para tanto, que nenhuma outra medida cautelar diversa da prisão seja eficiente no caso concreto.

A doutrina processualista costuma definir as prisões cautelares como a *ultima ratio* da *ultima ratio*, visto que o direito penal possui caráter subsidiário no ordenamento jurídico como todo, e a prisão cautelar é a última alternativa dentro do sistema penal, enquanto ferramenta de garantia ao processo.

Isso porque, a Constituição Federal proíbe a punição do réu antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas mantém as medidas preventivas de reclusão por serem um meio importante de proteção do processo e, em certa medida, da proteção da sociedade. (Minagé, 2015, p. 24).

As prisões cautelares encontram seu fundamento constitucional no inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (Brasil, 1988).

No entanto, trata-se da alternativa subsidiária do sistema processual penal vigente, ou seja, devem ser aplicadas somente em último caso, quando outras medidas



cautelares se mostrarem insuficientes. Esse é o determinado pela Lei 12.403/2011, que reformou as medidas cautelares do Código de Processo Penal.

A reforma empreendida pela Lei 12.403/2011 evidenciou a natureza cautelar da prisão preventiva, pois foram extintas figuras que remontavam à antecipação dos efeitos de eventual sentença condenatória, como a prisão preventiva decorrente de pronúncia e aquela decorrente de condenação recorrível (Nakaharada, 2015, p. 110).

Souza (2013, p. 7) ressalta o caráter instrumental da prisão preventiva, já que não é a prisão um fim em si, mas instrumento de proteção da efetividade do próprio processo no qual ela é decretada.

Reis (2012, p. 378) define a prisão preventiva como a “modalidade de prisão processual decretada exclusivamente pelo juiz de direito quando presentes os requisitos expressamente previstos em lei”. Já Souza menciona que se trata de “medida cautelar de natureza pessoal, na medida em que recai sobre a liberdade individual de pessoas, em oposição às medidas cautelares reais cuja aplicação, ao contrário, recai sobre bens de um determinado indivíduo” (Souza, 2013, p. 4).

Tal modalidade de prisão está tratada nos arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal. O art. 311 determina que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, ou seja, pode ser decretada apenas contra indiciado e acusado, jamais contra suspeito (Minagé, 2015, p. 94).

Ressalte-se que o artigo menciona “investigação policial”. Parte da doutrina entende que é vedada a interpretação extensiva de dispositivos que restringem direitos fundamentais, de modo que não haveria a possibilidade de decretação de prisão preventiva em casos de Comissão Parlamentar de Inquérito ou investigação preliminar presidida pelo Ministério Público, por exemplo (Minagé, 2015, p. 94).

Durante o período inquisitório, a incidência de prisão preventiva foi mais alta. Naquela época, tratava-se de uma premissa indicativa comum. O réu deve entregar seu corpo ao estado em forma absoluta que, por sua vez, era totalmente livre para usar todos os meios para obter a confissão (Ferrajoli, 2002, p. 445).

Foi somente com o Iluminismo¹⁹, que citada cautelar passou a ser questionada em razão do princípio do “*nulla pena, nulla culpa sine iudicio*”²⁰ e da ressurreição do sistema acusatório. Historicamente após, instaurado o fascismo²¹, a prisão preventiva é novamente fortalecida de forma exagerada, expandindo os pressupostos obrigatórios e automáticos de adaptabilidade para regular, prevenir e descontinuar tais medidas

¹⁹ Teve início, aproximadamente, no século XV.

²⁰ Não há pena, não há culpabilidade sem processo.

²¹ Movimento político e filosófico em que prevaleceram padrões de raças e culturas entendidas como superiores, dando-se maior poder à valores individualistas. Representado por uma figura política autoritária e ditatorial.



preventivas para avaliar as qualidades morais e sociais da pessoa (Ferrajoli, 2002, p. 444).

Após esse período, com a criação em diversos países da Constituição Republicana, o princípio da presunção de inocência foi introduzido para, além de outras funções, limitar a área de atuação das prisões cautelares (Ferrajoli, 2002, p. 442).

Já no campo pragmático, Ferrajoli (2002, p. 444) classifica que, mesmo após a introdução do princípio da presunção de inocência, ainda é visível a utilização da prisão preventiva, de forma deturbada, como uma espécie de antecipação da pena, alterando a forma do processo e do sistema penal.

A conclusão de Ferrajoli representa a necessidade de esclarecimento da natureza jurídica entre cautelar processual penal. A medida cautelar tem função acessória, com características de preventividade, instrumentalidade hipotética, provisoriedade, referibilidade e jurisdicionalidade (Polastri, 2014, p. 65). Ela pressupõe subordinação do processo cautelar ao principal, demonstrando a dependência daquele a este, ainda que durante a persecução criminal

Essa função denota a ideia de que a medida serve para impedir a ocorrência de danos futuros, desde que constatado através de um juízo de probabilidade – e não de mera possibilidade. A provisoriedade deve ser interpretada como a garantia de que a prisão só continuará se a urgência continuar; a revogabilidade garantirá que, uma vez que a medida não seja mais necessária, o magistrado terá de interrompê-la, assegurando que a decisão sobre as medidas preventivas transitem em julgado. A referibilidade existe para que haja uma ligação direta entre a situação de perigo e a proteção judicial preventiva e, por fim, a jurisdicção. Por fim, a jurisdicionalidade, que determinará legítima apenas ao juiz para tomar qualquer decisão passível de cercear a liberdade do réu ou indiciado (Polastri, 2014, p. 71).

Especificamente no Brasil, as prisões provisórias são tipos de medidas cautelares que funcionam como uma forma legal de privação de liberdade de determinado indivíduo sem sentença definitiva. Sua finalidade se traduz no resguardo do processo de conhecimento e, por isso, não se confunde como política pública criminal, ou seja, não pode ser utilizada pelo Poder Executivo como forma de coibir violência (Rangel, 2015, p. 830). Portanto, as prisões cautelares tutelam o processo em si e não o direito material discutido no teor do processo, ou seja, essa medida cautelar serve de instrumento para o alcance do fim colimado pelo processo de conhecimento, que seria a solução do caso penal (Rangel, 2015, p. 830).

O art. 282 do Código de Processo Penal de 1941 é responsável por regulamentar a aplicação dessas medidas, valendo-se de crivos de legalidade, necessidade, adequação, razoabilidade e proporcionalidade. Importante citar::



Art. 282: as medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I – Necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II – Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (Brasil, 1941).

Em relação aos momentos de aplicação da cautelar citada, o art. 282, §2º e o art. 283, ambos do Código de Processo Penal, elucidam ser no curso do processo penal (podendo ser decretada de ofício pelo juiz²²) ou mesmo durante a fase investigatória, por representação²³ da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público (Marcão, 2012, p. 132).

O diploma processual ainda ressalva que o rito ordinário de decretação da medida cautelar, imprescinde de a intimação prévia do réu, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, conforme previsto no (art. 282, §3º), atendendo ao contraditório. Somente se configurado caso de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, determinará a medida sem ouvir a parte adversa.

Seguindo esse raciocínio, ainda que o juízo entenda pela urgência ou risco de ineficácia da medida, a decretação da prisão preventiva também não exsurdirá como regra, pois o art. 282, §6º do Código de Processo Penal é claro ao afirmar que o cabimento da cautelar extrema está vinculado à justificativa de ineficácia das medidas diversas da prisão. Tanto que, para Marcão (2012, p. 127), a prisão preventiva “é uma *providência excepcional* privativa de liberdade” (Marcão, 2012, p. 127

Entendido o caráter subsidiário da prisão preventiva, passa-se aos dois momentos de sua possível decretação. Na investigação criminal, ou durante a fase processual (art. 311, Código de Processo Penal), o juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, a partir de requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, poderão decretá-la.

O exemplo cabal da primeira hipótese é a conversão (leia-se decretação) em preventiva no ato da homologação da prisão em flagrante, conforme art. 310, II, do Código de Processo Penal:

²² Alguns doutrinadores, afirmam que a disposição que permite a decretação da prisão preventiva *ex officio* é completamente inconstitucional, visto que a Constituição Federal de 1988 afastou completamente a função o juiz das funções investigatórias, de modo a preservar a sua imparcialidade. Ou seja, essa liberdade permitiu ao legislador infringir o sistema adotado na Constituição, qual seja, o acusatório.

²³ Entende-se por representação um documento mediante o qual a autoridade policial faz uma descrição dos fatos e demonstra a necessidade de decretação da prisão preventiva. Lembrando que a concessão não é compulsória, podendo ou não ser deferida pelo juízo acautelatório (Rangel, 2015, p. 746).



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

I – relaxar a prisão ilegal; ou

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

O magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante, no compulsório prazo de 24 (vinte e quatro) horas²⁴ após a realização da prisão administrativa, verificará se não é caso de relaxamento do flagrante (caso nulo), liberdade provisória com ou sem fiança cumulada ou não com medida cautelar diversa da prisão. Em não sendo qualquer destes, poderá determinar a conversão da prisão em flagrante em preventiva, se presentes os requisitos do art. 312 (Marcão, 2012, p. 132).

Lopes Júnior (2016, p. 485) ainda realça que, em concomitância com os requisitos do artigo, deverão ser demonstradas as razões pelo não cabimento de uma medida cautelar diversa da prisão, atendendo, simultaneamente, ao art. 282, §6º, do CPP:

6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

O mesmo autor, ainda relembra que, apesar do texto legal admitir uma leitura que o próprio juiz poderia converter a prisão em flagrante em preventiva, é necessário o prévio requerimento do órgão ministerial ou representação da autoridade policial (Lopes Júnior, 2016, p. 55), em atenção às regras constitucionais do sistema acusatório (*ne procedat iudex ex officio*²⁵) e à imparcialidade do juiz, já não se admite no ordenamento a prisão preventiva de ofício.

Entendida a primeira possibilidade de decretação da prisão preventiva, passa-se ao momento da sua aplicação durante a tramitação processual, destacando que relaxamento da prisão naquela oportunidade não extingue a possibilidade de uma futura decretação de prisão preventiva, se estiverem presentes os requisitos legais (Marcão, 2012, p. 239).

Em verdade, é possível haver decretação da prisão preventiva após a prolação de sentença penal condenatória, como prevê o art. 387 do Código de Processo Penal, ao

²⁴ A ultrapassagem no prazo de 24 horas, a partir da restrição de liberdade do conduzido, para a conclusão da lavratura do auto de prisão em flagrante a tornará ilegal, podendo o Delegado de Polícia incorrer na prática de abuso de autoridade (art. 4º da Lei 4.898/1965) e, além disso, poderá acarretar o relaxamento da referida prisão (art. 5º, inciso LXV, Constituição Federal/88. Destaque-se, ainda, a possibilidade de flexibilização do prazo quando se estiver diante de uma situação em que o local da prisão for distante da sede onde haja um Delegado de Polícia. O art. 308 do Código de Processo Penal dispõe que “não havendo autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à do lugar mais próximo” (Brasil, 1941).

²⁵ Juiz não procederá de ofício. Se traduz na ideia de inércia do magistrado.



dispor que a autoridade judicial poderá decidir, fundamentadamente, pela manutenção ou decretação dessa medida ou de outra medida cautelar diversa, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta (Marcão, 2012, p. 170).

Esse lapso temporal, então, vai desde o recebimento da denúncia, como primeiro ato decisório do processo penal pós-investigação, até o momento decisório²⁶, seja pela sentença *a quo* ou acórdão *ad quem*.

A legislação brasileira também prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva quando o acusado, citado por edital, não comparecer e nem constituir advogado em juízo (*vide* art. 366 do Código de Processo Penal). Nesse ponto, Marcão (2012, p. 171) destaca que, assim como a extinta prisão para recorrer, no caso da prisão por ausência do réu citado por edital, é mandatório que todos os outros requisitos legais estejam presentes e devidamente fundamentos na decisão. A jurisprudência não destoa desse entendimento, como pode ser visto no HC 141819/MG:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. HOMICÍDIO TENTADO. CITAÇÃO PESSOAL FRUSTRADA. CITAÇÃO POR EDITAL. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Mostra-se inidônea prisão preventiva, na hipótese de sua decretação estar fundada apenas no não comparecimento do réu em juízo, após a sua citação por edital, sem, contudo, apontar qualquer dos requisitos autorizadores da custódia cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. 2. Ordem de habeas corpus concedida. (STJ – HC: 141819 MG 2009/0136273-1, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 12/02/2015, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: Dje 25/02/2015). (Brasil, 2015).

Ainda em sede de cabimento da prisão preventiva, o códex processual autoriza a utilização nos casos envolvendo violência doméstica ou familiar contra a mulher, adolescente, criança, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência previstas na lei Maria da Penha (art. 313, inciso III, Código de Processo Penal).

Em qualquer dos casos, o magistrado, ao decretar a prisão preventiva deverá expor os requisitos processuais, quais sejam o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

De acordo com Lopes Júnior (2016, p. 476), o primeiro deles se traduz na presença de prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria, que não significam juízo de certeza, mas de probabilidade razoável. É necessário que haja

²⁶ A decretação no momento da sentença não pode ser confundida com a extinta “prisão para recorrer” até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que foi extinta quando da revogação do art. 594 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/2008. A fundamentação da atual prisão em fase de sentença deverá demonstrar a presença de todos os requisitos legais (Marcão, 2012, p. 172).



indícios robustos da materialidade do crime para dar continuidade ao raciocínio acerca do cabimento ou não da prisão preventiva na situação. Quanto à autoria, Marcão (2012, p. 141) explicita que deve ficar claro nos autos do inquérito ou da ação penal a presença de fortes indícios que a comprovem a participação do indivíduo (ou mesmo a constatem).

O *periculum libertatis* constitui o efetivo perigo na demora da prestação jurisdicional, ou seja, é necessário verificar se há urgência e necessidade de aplicação da medida (Rangel, 2015, p. 139). Este pressuposto é corroborado pelos fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal, a saber a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia de aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal. Além disso, em razão do parágrafo único do mesmo artigo, a prisão preventiva também poderá ser decretada caso o sujeito passivo descumpra qualquer das obrigações que lhe forem impostas por força de outras medidas cautelares (Lima, 2016, p. 1306-1307).

Beccaria (2005, p. 99) afirma acertadamente que somente a lei pode determinar os casos em que o homem deverá ser encarcerado, sem que sua fama, fuga, confissão extrajudicial, confissão de um cúmplice, ameaças, sua constante inimizade com a vítima, as circunstâncias do crime e outras provas, por si sós, sejam utilizadas como fundamentação para a privação da liberdade do indiciado ou acusado.

Ultrapassados os requisitos negativos e positivos, resta entender os fundamentos necessários para a decretação da prisão preventiva: a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a prisão para garantir a aplicação da lei penal.

Entende-se, por ordem pública, “as pessoas convivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade” (Rangel, 2015, p. 810), o que representa um conceito vago e indeterminado, motivando controvérsias, até mesmo jurisprudenciais (Lima, 2016, p. 1295). Para Polastri (2014, p. 223), é uma forma de assegurar o resultado útil ao processo, impedindo novo cometimento delitos e reafirmando a prevenção geral²⁷.

Tanto numa, quanto noutra perspectiva, o magistrado ao decretar a prisão, fica obrigado a contextualizar o ato e seus fundamentos (Távora; Alencar, 2016, p. 1254), e essa necessidade não pode lastrear-se no clamor público provocado pelo crime, comoção social ou o fato de ter despertado a atenção da mídia, sob pena de se atentar contra à liberdade do indivíduo, fugindo da previsão do art. 312 do CPP (Marcão, 2012,

²⁷ O trecho enfrenta certa resistência de outra parte da doutrina, que acredita que a necessidade de garantia da ordem pública não se extrai da gravidade da infração penal, pura e simplesmente (Marcão, 2012, p. 157) e a ideia da prisão processual ter a finalidade de prevenção geral ou prevenção especial e insustentável, sob pena de se confundir com a prisão pena, sendo vedados tais encargos à medida cautelar (Lima, 2016, p. 1296).



p. 155). Nessa linha, também devem ser evitados conceitos abstratos, tais como assegurar a credibilidade de justiça, lesão às instituições sociais e familiares, o sentimento de impunidade na sociedade ou a necessidade de preservação da imagem do Poder Judiciário (Marcão, 2012, p. 156).

Tamanha a importância de se entender a garantia da ordem pública, que são identificáveis outras duas correntes acerca do seu significado: uma, minoritária, entendendo que esse tipo de prisão cautelar figura como modalidade de cumprimento antecipado da pena e não como fundamentação cautelar, considerando que, para os adeptos dessa corrente, as medidas cautelares de natureza pessoal só devem ser decretadas para garantir a realização do processo ou de seus efeitos e não para proteger outros interesses, como o de evitar a prática de novas infrações penais (Lima, 2016, p. 1297). Outra, com mais adeptos, assegurando que a prisão preventiva poderia ser decretada tanto para impedir que o agente, caso continue solto, persista em delinquir, quanto para acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público (Lima, 2016, p. 1297).

Em concordância com o raciocínio desta última corrente, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, destacou certas circunstâncias principais para o fundamento da garantia da ordem pública no julgamento do HC 89238/SP, sendo eles: a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do preso ou de terceiros; o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto da custódia cautelar; garantir a visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal e desde que diretamente relacionadas com a adoção tempestiva de medidas adequadas e eficazes associadas à base empírica concreta que tenha ensejado a medida cautelar²⁸.

Encerrado o breve contexto da garantia da ordem pública, passa-se ao segundo fundamento previsto no Código de Processo Penal, que protege a ordem econômica²⁹.

Esse critério tem guarida quando se trata dos crimes previstos nas Leis 8.137/1990 (Lei de crimes contra a ordem tributária), 8.176/1991 (Lei dos crimes contra a ordem econômica), 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e 7.492/1986 (Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional) e demais normas que se referem à ordem econômica, como assevera o art. 170 da Constituição Federal e seguintes (Rangel, 2015, p. 811).

²⁸ Vide informativo STF nº 469.

²⁹ O fundamento foi acrescentado pela Lei nº 8.884/1994 e visa coibir os abusos à ordem econômica, de forma a evitar que o indivíduo continue a praticar novas infrações, que afetem a ordem econômica, caso esteja solto (Távora; Alencar, 2016, p. 1256).



Trata-se de uma proteção cautelar e urgente ao livre exercício de qualquer atividade econômica, a exemplo do abuso de poder econômico, da dominação de mercados, da eliminação de concorrência e o aumento arbitrário de lucros (Rangel, 2015, p. 811).

Ainda se afirma a existência de outro significado para a prisão com base nesse fundamento, partindo da interpretação da lei nº 7492/1986, em que é destacada a “magnitude da lesão causada”. Badaró (2016, p. 146) afirma que essa postura é inconstitucional, por não ter natureza cautelar, inferindo que “se a magnitude da lesão causada ao bem penalmente tutelado guardasse natureza cautelar, certamente seria aplicável a qualquer delito. E, nesse caso, por exemplo, num crime de homicídio, a ‘magnitude a lesão causada’, isto é, a morte, sempre justificaria a prisão.”.

A conveniência da instrução criminal, o terceiro fundamento trazido pelo art. 312 do Código de Processo Penal, é, dos quatro fundamentos, aquele com maior carga cautelar, pois, através dela:

tutela-se a livre produção probatória, impedindo que o agente destrua provas, ameace testemunhas, ou comprometa de qualquer maneira a busca pela verdade. Deve-se com isso imprimir esforço no atendimento ao devido processo legal, que é expressão de garantia, na faceta da justa e livre produção do manancial de provas (Távora; Alencar, 2016, p. 1256).

Apesar do sentido ser o mais próximo do almejado numa prisão cautelar, a problemática desse fundamento está na nomenclatura, especificamente no termo “conveniência”. Na verdade, a interpretação mais adequada apontada pela doutrina processual constitucional brasileira, leva a entendê-la como uma medida indispensável à instrução processual, afastando do magistrado a possibilidade de decretá-la por mera conveniência, até porque, levando em consideração que o interrogatório é meio de defesa, a ausência do acusado, por si só, não autoriza a decretação da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal (Lima, 2016, p. 1306).

Assim, entendo que o sentido deste fundamento é evitar a obstrução da atividade probatória, não se pode confundir a utilização da medida cautelar extrema como forma de obrigar o acusado a cooperar com a apuração do fato ilícito, afinal, o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo (Lima, 2016, p. 1307), o que é entendido nos tribunais superiores, a exemplo do julgado abaixo:

PROCESSO PENAL. RHC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO POR OCASIÃO DA PRONÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA DO DECRETO PRISIONAL. FUGA APÓS O CRIME. APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA E COLABORAÇÃO COM A INVESTIGAÇÃO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE JUSTIFICAR A PRISÃO SOMENTE EM FACE DA REPERCUSSÃO E CLAMOR PÚBLICO



CAUSADOS PELO CRIME. A NECESSIDADE DA PRISÃO FACE À CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL DEVE SER CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO PROVIDO. 1. Se a sentença de pronúncia faz referência à motivação ensejadora da decisão que determinou a prisão cautelar, é esta que deve ser examinada. 2. O decreto de prisão preventiva deve demonstrar, com base em circunstâncias concretas existentes nos autos, a real indispensabilidade da medida para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. 3. A fuga do réu logo após o cometimento do crime não justifica a prisão preventiva com fundamento na aplicação da lei penal quando houve apresentação espontânea dois dias após os fatos, confissão do crime e colaboração com a investigação policial. Precedentes. 4. Da mesma forma, a repercussão e o clamor público causado pelo crime, por si só, não constituem fundamentação idônea a justificar a necessidade da prisão cautelar para assegurar a ordem pública. Precedentes. 5. A custódia por conveniência da instrução criminal não pode ser decretada com menção genérica à possibilidade do réu dificultar a coleta de provas. 6. Recurso provido para assegurar ao Recorrente o direito de aguardar solto o julgamento do Júri Popular. (STJ - RHC: 23090 SC 2008/0035637-1, Relator: Ministra JANE Silva (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Data de Julgamento: 25/09/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2008 LEXSTJ vol. 231 p. 247). (Brasil, 2008).

Não se trata de vedação à utilização da prisão preventiva para proteger a instrução processual penal, mas de proibir a utilização argumentos superficiais e genéricos, de forma que, em estando devidamente fundamentada, não haverá motivo para se questionar a utilização sistemática do instituto, como previsto no julgado abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. TEMOR DAS TESTEMUNHAS. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A custódia cautelar foi decretada especialmente para a necessidade da garantia da ordem pública, em decorrência de reiteração delitiva, pois o acusado responde a outros processos (por associação e por tráfico de entorpecentes), bem como ostenta condenação por roubo, figurando ainda como "investigado pelos crimes de receptação e posse/porte ilegal de arma de fogo de uso restrito". 2. A segregação provisória também se justifica para a conveniência da instrução criminal, "uma vez que testemunhas estariam sendo ameaçadas, havendo a necessidade, inclusive de deixarem suas residências" (grifo nosso). 3. Recurso a que se nega provimento. (STJ - RHC: 48908 RS 2014/0141054-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 12/08/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/08/2014). (Brasil, 2014)

O fundamento derradeiro do art. 312 do Código de Processo Penal é o propósito de assegurar a aplicação da Lei Penal. Exemplo comum desta hipótese é a aplicação da medida cautelar para impedir a fuga do acusado ou prevenir o seu desaparecimento em razão de não se ter o endereço certo (Polastri, 2014, p. 222), ou seja, busca-se



resguardar o cumprimento da sentença e, portanto, do próprio processo (Lopes Júnior, 2013, p. 95). Entretanto, é importante ressaltar que esse risco de fuga não pode ser presumido, deve estar fundado em circunstâncias concretas.

Trata-se da aplicação de um critério de probabilidade, e não de simples possibilidade (Lopes Júnior, 2013, p. 95), inclusive, sob a influência do art. 320 do Código de Processo Penal, criado pela Lei nº 12.403/2011, através da qual, foram incorporadas as medidas cautelares substitutivas à prisão, havendo, dentre elas, formas para evitar que o acusado saia do território nacional. A propósito, o citado dispositivo:

Art. 320. A proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (NR) (Brasil, 1941).

Lopes Júnior (2013, p. 92) ainda esclarece que, ainda que configurados um ou mais dos quatro fundamentos do art. 312, também é fundamental a existência de prova razoável que demonstre a presença do *periculum libertatis*, de forma que tal decisão só será legítima se possuir suporte fático e probatório suficientes para comprovar a necessidade da decretação dessa medida.

E não é diferente em relação ao de assegurar a aplicação da lei penal, o que reforça a obrigatoriedade do magistrado, ao decretar a prisão com esse fundamento, não suprimir sua justificativa imprescindibilidade da comprovação de que o autor do crime poderá fugir. Nesse pensar, a jurisprudência da corte superior brasileira:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉ NÃO LOCALIZADA PARA CITAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. 1. Recorrente denunciada em 24/08/2011 como incurso no art. 1.º, incisos II e V da Lei n.º 8.137/1990 e não localizada no momento da citação. 2. A custódia cautelar, para ser mantida ou decretada, deve atender aos requisitos autorizativos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, os quais deverão ser demonstrados com o cotejo de elementos reais e concretos que indiquem a necessidade da segregação provisória, no sentido de que o réu, solto, irá perturbar ou colocar em risco a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. 3. O fato de a Recorrente não ter sido encontrada no momento da citação não induz, por si só, à conclusão de que tencionava esquivar-se da aplicação da lei penal. No caso, não houve demonstração da imprescindibilidade da custódia cautelar, pois não há elementos nos autos que indiquem se tratar de situação de fuga. Precedentes. 4. Recurso ordinário provido, para o fim de determinar o recolhimento do mandado de prisão expedido em desfavor da Recorrente, sem prejuízo de que nova prisão cautelar venha a ser decretada com base em outros fatos concretos, desde que capazes de preencher os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. (STJ - RHC: 37088 MG 2013/0118867-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento:



10/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/09/2013).
(Brasil, 2013)

Ultrapassados os fundamentos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, ainda remanesce uma possibilidade de decretação da custódia preventiva. O parágrafo único do mesmo artigo 312 do Código de Processo Penal, prevê que “a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.” (Brasil, 1941).

Trata-se de uma conversão agravante da cautelar pessoal, em justificada razão do descumprimento de obrigações de outra medida cautelar diversa da prisão, ou seja, o agente demonstrou não ser merecedor do crédito que lhe foi dado em juízo, colocando em evidência, assim, um dos requisitos para a decretação desta medida, qual seja, o risco que a sua liberdade poderá trazer ao processo ou à sociedade (Polastri, 2014, p. 225).

Ultrapassados os fundamentos previstos no art. 312, passa-se às hipóteses de cabimento da prisão preventiva que estão previstas no art. 313 do Código de Processo Penal Brasileiro:

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

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

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

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

Parágrafo Único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

A prisão preventiva somente poderá ser decretada quando se estiver diante de um crime doloso; não há, em tese, a possibilidade de decretação desta medida em razão do cometimento de um delito culposo³⁰, considerando que tal medida contrariar o inciso I deste artigo, representaria o descumprimento do princípio da proporcionalidade (Lopes Júnior, 2013, p. 97).

³⁰ Apesar de que uma parte minoritária da doutrina tem aceitado a decretação da prisão preventiva em crimes culposos baseando-se apenas no argumento do art. 366, ou seja, quando o réu não for encontrado. Entretanto, existem julgamentos (a exemplo do HC 116504 – integra em anexo –) em que os Tribunais demonstram a necessidade do cumprimento do inciso I do art. 313, Código de Processo Penal.



Polastri (2014, p. 226) também ressalta ser incabível a medida cautelar quando se tratar de contravenção penal, exatamente porque da interpretação *a contrario sensu* entende-se que não haverá prisão preventiva nos casos em que o crime referência tiver a pena máxima inferior ou igual a quatro anos³¹ ou, ainda, quando houver somente pena de multa, por motivos óbvios.

Essa limitação quantificada faz sentido quando analisadas a natureza da condenação inferior a quatro anos de detenção, nas quais o regime inicial seria aberto (art. 33, §2º, c)³², ou mesmo ocorreria a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (art. 54)³³, não existindo, por isso, equilíbrio entre as duas medidas impostas (Polastri, 2014, p. 226). Em suma, considera-se que, ainda que o réu fosse condenado, não haveria cabimento da privação de liberdade integral.

Além da análise quantitativa da pena, é de se observar que os benefícios citados excluem delitos mais graves, tais como os praticados mediante violência ou grave ameaça ou a conduta social e personalidade do condenado que influenciam no momento da conversão da pena (*vide* art. 44, I e II, Código Penal). Desse raciocínio deve emanar o posicionamento mais apropriado do juiz, optando, sempre que possível, por uma cautelar pessoal substitutiva à prisão, prevista nos arts. 317 a 319 ou pela liberdade provisória com ou sem fiança (Polastri, 2014, p. 273).

Situação diversa existe quando operado o concurso de crimes. Se material³⁴, a lógica a ser utilizada é de somatório das penas, para que, caso superiores a quatro anos, um dos requisitos para a decretação da prisão preventiva já está presente (Lopes Júnior, 2013, p. 98); Se formal³⁵ ou em crime continuado³⁶, projeta-se a causa de aumento à pena base de forma hipotética e, caso superior a quatro anos, o acusado também poderá ser sujeito a ficar preso preventivamente (Lopes Júnior, 2013, p. 98-99).

A segunda hipótese de cabimento, que deve ser interpretada de forma cumulada com os demais requisitos, traz a decretação dessa medida quando o agente for reincidente em crime doloso, salvo se já passados os cinco anos de cumprimento ou de extinção da pena (Polastri, 2014, p. 227).

³¹ É preciso ressaltar que, o indivíduo que tenha cometido infração penal cuja pena máxima seja inferior a quatro anos mas, já tiverem sido decretadas medidas cautelares diversas da prisão, poderá ter contra si decretada a prisão preventiva, afinal, essa medida possui caráter subsidiário (Lopes Júnior, 2013, p. 146).

³² Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
[...]

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

³³ Art. 54 - As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a 1 (um) ano, ou nos crimes culposos.

³⁴ Art. 69, Código Penal.

³⁵ Art. 70, Código Penal.

³⁶ Art. 71, Código Penal.



Para efeitos de decretação da prisão preventiva, a reincidência, de acordo com o art. 63 do Código Penal Brasil, é configurada quando "o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.". Trata-se, portanto, de um requisito objetivo e de simples constatação.

Já o terceiro inciso do art. 313 do Código de Processo Penal, aborda a possibilidade de decretação da prisão preventiva quando "o crime envolver violência doméstica ou familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência" (Brasil, 1941).

A questão nodal debatida pela doutrina é se o referido dispositivo pode ser aplicado isoladamente, ou depende da sua conjugação com um dos outros dois. Isso porque, "em vista ao princípio da proporcionalidade não se pode decretar prisão preventiva se a pena final não comportar efetiva prisão" (Polastri, 2014, p. 228).

O receio da corrente que sustenta a necessidade de cumulação de requisitos é de aceitar-se a decretação de prisão preventiva em razão crimes que suportam a substituição da pena ou mesmo o regime aberto, como esclarecido anteriormente, a exemplo de uma lesão corporal de natureza leve³⁷.

Lopes Júnior (2013, p. 101) atenta para o fato de que o inciso III do art. 313 do Código de Processo Penal não pode ser interpretado como outro fundamento para o *periculum libertatis*, já que, para isso ocorrer, deveria haver sua inserção no art. 312 e não no art. 313. A autoridade judicial tem o dever de sempre interpretar a lei de forma restritiva, tendo cautela para não atuar como legislador.

Noutra banda, destaca-se a vagueza presente no inciso III do art. 313, que remonta ao art. 7º da lei 11.340/2006, quanto à definição de violência doméstica, sem contar a possibilidade de se interpretar cabível a decretação de prisão preventiva em casos de calúnia, difamação ou injúria (*vide* art. 7º, V, da Lei nº 11.340/2006), ao invés de por exemplo, a determinação de proibição de contato com a ofendida (art. 22, III, b, da Lei nº 11.340/2006) (Lopes Júnior, 2013, p. 91).

Lima (2016, p. 1314), concordando com a imprecisão do citado inciso, diz que ele constitui uma contradição ao art. 5º, LXVII, que somente autoriza a prisão civil a hipótese de dívida de alimentos, dado que grande parte das medidas protetivas possuem caráter civil e, por isso, ao se decretar prisão preventiva do agressor para garantir sua

³⁷ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

[...]

§ 9º - Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.



execução, estar-se-ia criando uma nova hipótese de prisão civil. Portanto, se o descumprimento da medida protetiva de urgência estiver relacionado à prática de algum delito, é possível a decretação da prisão preventiva. Se ao agente, porém for atribuído tão somente o descumprimento da medida protetiva de urgência, não será possível a decretação desta medida cautelar, sob pena de se instalar uma nova e inconstitucional modalidade de prisão civil.

Como última hipótese de admissibilidade, o parágrafo único do art. 313 traz a possibilidade de decretação de prisão preventiva quando

houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (Brasil, 1941)

O dispositivo foi idealizado para o Estado consiga identificar autor do crime seja individualizado através de dados que o diferenciam do resto da população (Lima, 2016, p. 1314). Entretanto, diferentemente dos incisos previstos no artigo, o parágrafo único do art. 313 do Código de Processo Penal nada diz sobre a infração penal cometida, visto que a prisão cautelar somente será necessária para identificar e esclarecer dúvidas sobre a identidade civil do indiciado, deixando dúvidas, portanto, acerca dos limites de abrangência dessa hipótese, o que leva à reflexão sobre o cabimento simultâneo em crimes dolosos e culposos (Lima, 2016, p. 1314).

Na verdade, independentemente da hipótese de cabimento, o magistrado deverá analisar se estão presentes todos os demais pressupostos e fundamentos, sob pena de incidir numa prisão ilegal³⁸.

Afinal, essa prisão cautelar somente será cabível se houver fracasso das diligências policiais e, sua duração, conforme o próprio artigo prevê, será diretamente relacionada ao investigação, devendo o preso ser posto em liberdade imediatamente após a identificação, salvo se houver outra hipótese que recomende a manutenção da medida (Lima, 2016, p. 1315)³⁹.

³⁸ Pressupostos estão previstos no art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal, ou seja, os indícios suficientes de autoria e prova da materialidade (*fumus commissi delicti*); os fundamentos estão previstos também no art. 312 do Código de Processo Penal (*periculum libertatis*), também no *caput*, são eles: a garantia da ordem econômica, garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal; as hipóteses de decretação estão dispostas nos incisos do art. 313, sendo elas: em crime dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos, se o réu/indiciado tiver sido condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, com a ressalva do inciso I do art. 64 do Código Penal, em casos que envolvam violência doméstica ou familiar (para garantir a execução de medidas protetivas de urgência) e, por fim, quando houver dúvida quanto a identidade civil da pessoa ou quando esta não apresentar elementos suficientes para esclarecê-la.

³⁹ Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula nº 522, é típica a própria conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade é típica. Dessa forma, entende-se que o parágrafo único do art. 313, na verdade, não é uma espécie de prisão preventiva, mas sim uma condução coercitiva do investigado/acusado para fins de investigação criminal (Lima, 2016, p. 1316).



Em conclusão ao raciocínio da decretação das prisões preventivas, o art. 314 do Código de Processo Penal, veda a utilização do instituto quando comprovado que o agente praticou o ato mediante excludente de ilicitude; e o artigo 315 demanda a efetiva fundamentação da decisão que denegar, decretar ou substituir a prisão preventiva sempre seja motivada, em conformidade, inclusive, com o art. 93, IX da Constituição Federal (Polastri, 2014, p. 228).

Deste último dispositivo, convém o realce à cláusula *rebus sic stantibus* que estabelece que se a situação que antes motivou a decretação dessa medida se alterar, revelando a sua desnecessidade, a revogação é obrigatória (Távora; Alencar, 2016, p. 1266). Dessa forma, deve(ria) o magistrado revogar a medida de ofício, em caso de urgência intrínseca à situação prisional, ou por requerimento, com prévia oitiva do Ministério Público para que o contraditório seja respeitado. Todavia, nada obsta que o juiz decrete novamente a prisão cautelar, quantas vezes se fizerem necessárias, a rigor do art. 316 e art. 282, do §5º, ambos do Código de Processo Penal).

Em matéria processual, a legislação adjetiva não prevê cabimento de qualquer recurso contra decisão que decreta prisão preventiva e/ou qualquer uma das medidas cautelares diversas da prisão⁴⁰, pelo que se compreende ser cabível o *habeas corpus*, mesmo em casos em que a medida não restringir completamente a liberdade do indiciado. Se a medida cautelar, entretanto, for decretada na decisão de pronúncia, caberá recurso em sentido estrito (*vide* art. 581, IV, Código de Processo Penal). No caso de medida decretada no bojo da sentença condenatória, caberá apelação (*vide* art. 593, I, Código de Processo Penal).

No entanto, em nenhum dos casos, o legislador previu o lapso temporal da medida, nem impôs ao magistrado que, ao decretar a prisão preventiva, fixasse um prazo de duração.

3.1 O “problema” da prisão preventiva atemporal

O Brasil possui, indiscutivelmente, altos índices de encarceramento, e a utilização banalizada de um método antecipado de prisão sem prazo de validade corrobora o problema.

Segundo dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional, 40% dos presos no Brasil estão em razão da prisão preventiva que sequer foram julgados em primeira instância. Logo, observa-se a notória desnaturalização do caráter excepcional desta medida. De modo que, a prisão cautelar tornou-se a melhor forma de garantir uma

⁴⁰ De acordo com o art. 581, V, do Código de Processo Penal, caberá recurso em sentido estrito, em favor da acusação, nos seguintes casos: indeferimento do pedido de prisão preventiva, revogação, concessão de liberdade provisória ou relaxamento da prisão em flagrante.



resposta imediata do Estado aos crimes, em face da superstição na qual o direito penal é a melhor opção no ordenamento jurídico na resolução dos problemas sociais existentes no país (Galli, 2018, s/n).

Em 2014, o Grupo de Trabalho da ONU sobre Detenções Arbitrárias publicou um relatório que apontava para o encarceramento em massa no Brasil. De acordo com o relatório, a população carcerária do país ultrapassa 549.000, tornando-a a maior prisão da América Latina e uma das maiores do mundo. Existem 248 prisioneiros por 100.000 pessoas (Assembleia Geral das Nações Unidas, 2014, p. 11).

O relatório “Mapa Prisional” divulgado pela agência de direitos humanos Conectas em 2014 mostrou que a população carcerária em junho de 2013 era de 574.027, sendo a quarta maior prisão do mundo na época, atrás dos Estados Unidos, China e Rússia. Além disso, entre 1992 e 2013, a taxa de encarceramento no Brasil aumentou de 74 presos por 100.000 para 300,96 presos, um aumento de 317,9% (Conectas Direitos Humanos, 2014).

Os dados mais recentes mostram a continuidade da política de encarceramento. Em 2016, o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça divulgou a última Pesquisa Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), que mostrou que a população carcerária era de 726.712, o que significa que a taxa de ocupação penitenciária era de 197,4% (Ministério Penitenciário Nacional, 2016, p. 8). Isso torna o Brasil a terceira maior população carcerária do mundo, atrás apenas da China, e primeiro dos Estados Unidos.

Tal situação se torna mais preocupante ao se constatar que no universo de pessoas presas, quase metade são presos provisórios, ou seja, são aqueles que, ou por terem sido detidos em flagrante delito ou por ordem judicial, são mantidos encarcerados sem terem ido a julgamento e sem uma sentença definitiva.

O grupo de trabalho da ONU informa em seu relatório um número de 217.000 detentos em condição de prisão provisória, representando 43,5% do total da população em detenção à época. Já o INFOPEN de junho de 2016 mostra um total de 292.450 presos provisórios, representando 40,2% da população carcerária (Departamento Penitenciário Nacional, 2016, p. 8).

Os relatórios demonstram o uso indiscriminado das prisões cautelares – também chamadas de processuais ou provisórias –, principalmente da prisão preventiva, que deveriam seguir o princípio da excepcionalidade, que encontra amparo no artigo 282, §6º do Código de Processo Penal (Código de Processo Penal): “Art. 282 § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319) (Brasil, 1941)”.



Segundo Aury Lopes Júnior (2015, p. 601) “o art. 282, §6º é importante e consagra a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares”. Porém, um dos maiores problemas identificados no instituto da prisão preventiva é o seu prazo indeterminado. Ao contrário da prisão temporária, cujo prazo máximo está estabelecido em lei, a prisão preventiva não possui qualquer limite objetivo de prazo, podendo durar enquanto o juiz achar necessário.

Tal fato permite prisões preventivas extremamente longas, ensejando situações absurdas como o caso de um réu ficar preso provisoriamente por um tempo maior do que o determinado por sua condenação, ou ser até mesmo absolvido.

Constatam-se casos de acusados presos provisoriamente, antes ou depois da sentença condenatória sem trânsito em julgado, por período superior a três, quatro, cinco, seis, sete, oito e até dez anos (Sanguiné, 2014, p. 463).

Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) constatou que, em 37% dos casos em que há aplicação de prisão provisória, os réus não são condenados à pena privativa de liberdade ao final do processo (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2015, p. 38).

Tais dados fariam o senso comum imaginar que o problema reside no tamanho dos estabelecimentos prisionais brasileiros, já que se houve prisões duradouras, elas costumam advir de condenações transitadas em julgado. Contudo, analisando o percentual de presos provisórios, percebe-se que, praticamente, metade desse “problema” é causado pela manutenção indevida de presos provisórios, especialmente daqueles ergastulados pela prisão preventiva. A situação já perdura há quase 20 (vinte) anos, fomentou esforços do legislativo brasileiro, de modo a impor um limite de duração da prisão preventiva.

O Projeto de Lei 4.208/2001, que deu origem à Lei 12.403/2011, mais “atual” das reformas do Código de Processo penal, previa a inserção do artigo 315-A ao texto do Código de Processo Penal, que limitaria a duração da prisão preventiva em 180 (cento e oitenta) dias, em cada grau de jurisdição, com a exceção de situações em que o investigado tiver dado causa à demora (Nakaharada, 2015, p. 113). Entretanto, tal previsão foi vetada no texto final da Lei 12.403/2011.

O anteprojeto de um novo Código de Processo Penal, tramitando por meio do Projeto de Lei do Senado 156/2009, estipula prazos máximos de duração da prisão preventiva de 180 (cento e oitenta) dias, podendo ser prorrogado dependendo das condições do caso concreto. Além disso, vencido o prazo da prisão preventiva, “o acusado deverá ser posto imediatamente em liberdade, constituindo verdadeira sanção



processual ao Estado descumpridor da lei processual” (Nakaharada, 2015, p. 13). Já se passam mais de 10 (dez) anos e o projeto ainda não foi sancionado.

O que se percebe é o desinteresse do Congresso Nacional na regulamentação do prazo da prisão preventiva, regado pela necessidade constante de segregação social através do Direito Penal, ainda que de forma deslegitimada, como nas prisões provisórias, onde se traduz o real “problema” das prisões preventivas.

3.2 Prisão preventiva atemporal versus dignidade da pessoa humana

Explicados os princípios norteadores da pesquisa e a sistemática da prisão preventiva em âmbito brasileiro, torna-se relevante para a continuidade do trabalho correlacionar o tema central com o princípio destacado como o mais relevante.

Para tanto, a utilização dos postulados nacionais e internacionais se mostram devidos, até porque, parte da metodologia proposta envolve o direito comparado de forma internacional.

O artigo 5.2 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos preconiza que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Além disso, é determinado que toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1969).

Já o artigo 6.2, ao tratar da pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, defende que o trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1969). Por sua vez, o artigo 11.1 determina que toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1969).

Nesse contexto, importante entender a dignidade da pessoa humana como norte para as interpretações no Direito, a partir de seus conceitos. Para Ingo Sarlet, trata-se de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal. (Sarlet, 2007, p.40).

Além disso, pautado no direito à vida, a dignidade da pessoa humana é o direito fundamental mais presente na visão ideológica e política. E, do preceito da dignidade da pessoa humana, resultam não apenas dos enraizamentos religiosos, filosóficos e históricos da dignidade da pessoa humana como também da dependência da respectiva situação global civilizacional e cultural da sociedade. (Sarlet, 2009, p.150).



De outra banda, se o citado postulado é o fundamento de toda a vida ética, dele decorrem as normas universais de comportamento, que refletem a expressão dessa dignidade em todos os tempos e lugares, e têm por objetivo, salvaguardá-la. Elas atuam como o espírito que vivifica o corpo social e dá legitimidade a todas as estruturas de poder. (Comparato, 2006, p.484).

Assim, o princípio da dignidade da pessoa produz importantes efeitos jurídicos no âmbito do processo penal, de modo que o imputado não pode ser instrumentalizado e tratado como um mero objeto, ao invés de um sujeito de direitos (Giacomolli, 2015, p. 13).

Indo contra o princípio da dignidade humana apresentado, a prisão preventiva é fruto de um sistema processual penal inquisitorial, o qual possuía a referida modalidade de prisão como regra, servindo como antecipação da pena, além de tratar o “acusado como culpado, objeto do processo, e não como inocente e sujeito de direitos processuais” (Nakaharada, 2015, p. 29).

O processo penal, por si só, cria um estigma em torno do indivíduo, que é agravado pelo prolongamento do processo e pela situação de cárcere (Badaró; Lopes Júnior, 2009, p. 61). Essa estigmatização influencia em seu bem-estar, mormente o psíquico, em sua vida privada, familiar, social e profissional, em suma, sua dignidade. (Giacomolli, 2015, p. 345).

E a falta de um limite para a prisão preventiva gera incertezas na vida do acusado, levando “qualquer pessoa a níveis de estresse jamais imaginados. Não raros serão os transtornos psicológicos graves, como a depressão exógena” (Badaró; Lopes Júnior, 2009, p. 61).

Percebe-se que a falta de prazos legais para a prisão preventiva viola os mais variados aspectos da dignidade do acusado, mantendo-o incerto sobre o seu futuro e à mercê do arbítrio das autoridades judiciárias. Sobre a falta de respeito à dignidade do indivíduo, se manifesta Sarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (Sarlet, 2006, p. 59).

Tão clara a conclusão, que se torna possível invocar, em similar grau de lesão, o princípio da Razoável Duração do Processo, que também se faz presente na CADH, como corolário à Dignidade da Pessoa Humana.



Isso porque, o art. 7.5 determina que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade” (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1969).

O art. 7.6 também trata do princípio ao prever que “toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais” (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1969).

Já o art. 8.1 preconiza que “toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável” (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1969). Por sua vez, o art. 8.2, “c”, trata da razoabilidade do prazo ao tempo que o imputado dispõe à preparação de sua defesa. (Giacomolli, 2015, p. 343).

O que não se pode confundir é a razoável duração do processo penal com a urgência que a sociedade clama pela prisão daqueles que estão sendo investigados pela prática de um crime, ou mesmo que respondem a processo criminal, mas ainda não tiveram sua sentença penal condenatória transitada em julgado.

Voltando à duração do processo, Giacomolli (2015, p. 344) elucida que “o razoável é um conceito aberto, carecedor de uma delimitação precisa, de difícil determinação prima facie e em abstrato”. Além disso, é possível situá-lo “na linha do que encontra uma justificativa fática e jurídica dentro da normalidade (ajustado à norma) do procedimento e processo penal” (Giacomolli, 2015, p. 344).

O critério espacial também deve ser considerado ao se tentar chegar a um conceito de razoável, uma vez que o mesmo pode ser diferente diante das particularidades de cada ordenamento jurídico, tradições jurídicas, ideologia, variáveis culturais, econômicas, políticas e sociais (Giacomolli, 2015, p. 344).

Embora a CIDH não esclareça o que é razoável, e se valha da “teoria do não prazo”, de modo a não adotar um limite para a duração da prisão preventiva, não é afastada a necessidade dos Estados-membros, no âmbito de seus respectivos ordenamentos jurídicos, adotarem prazos legais para as suas medidas cautelares.

Até porque, se a decretação carente de fundamentação já apresenta um risco aos direitos fundamentais, quiçá a decretação sem prazo de duração. Esse raciocínio coaduna com o que Hobbes elucida sobre a custódia preventiva:

“não se trata, de uma pena, já que a ninguém tal se pode aplicar antes de ser judicialmente ouvido e declarado culpado.



Seja qual for o dano infligido a um homem, portanto, por prisão ou confinamento, antes de sua causa ser ouvida, para além do que for necessário para garantir sua custódia, é contrário à lei natural.”⁴¹

A falta de parâmetros e a ausência de sanções específicas ao descumprimento do prazo razoável contribuem para a ausência de efetividade do princípio em questão (Giacomolli, 2015, p. 345).

Nesse pensar, a doutrina ainda reforça que “Em se tratando de suspeito ou acusado preso, o constrangimento ilegal determinante da liberdade é a primeira consequência da falta de razoabilidade temporal” (Giacomolli, 2015, p. 349).

Além disso, o estigma causado pelo processo penal só tende a aumentar conforme o prolongamento do processo penal, especialmente se o acusado estiver submetido a medidas cautelares (Badaró; Lopes Júnior, 2009, p. 105).

As reformas do processo penal devem ser norteadas também pela garantia da duração razoável do processo, pois cabe ao legislador instrumentalizar o processo penal com técnicas que garantam a sua razoável duração (Giacomolli, 2015, p. 346).

Ademais, não basta a mera adoção de prazos para a duração da prisão preventiva; é necessária a adoção de sanções pela demora processual, sendo automática, no caso da prisão, a soltura do réu. (Badaró; Lopes Júnior, 2009, p. 105). A respeito da eficácia da norma, se manifestou Nakaharada (2015, p. 23):

Por tratar-se de norma programática que não possui uma instrumentalidade efetiva, esta acabou por se tornar inócua, eis que carente de uma regulamentação pelo legislador ordinário, pois não há uma definição legal do que viria a ser razoável, em se tratando de prazo de duração do processo, o que deixa larga margem de interpretação em cada caso concreto, afligindo principalmente a situação daqueles que se encontram respondendo a processo presos.

Assim, o que se percebe é que a ausência do lapso temporal máximo, corroborada pela recorrente delonga do judiciário brasileiro, desemboca numa fórmula sumária de fastamento social do indivíduo que costuma durar mais tempo que a própria pena que ele foi condenado⁴².

⁴¹ Hobbes, 2004. p. 231.

⁴² O Judiciário brasileiro já reconheceu o excesso de prazo em prisões preventivas que ultrapassaram o tempo da possível condenação ou o período de cumprimento de pena suficiente para a progressão do regime fechado, caso condenado já tivesse sido o preso.



4 Direito penal do inimigo e a expansão do Direito Penal como autorização tácita da flexibilização dos direitos e garantias fundamentais na prisão preventiva atemporal

Dando continuidade à análise proposta, será abordada a teoria que, na perspectiva do pesquisador, mais se assemelha ao procedimento que tem sido adotado pelo *jus puniendi* brasileiro, o Direito Penal do Inimigo.

Em seguida, a interpretação cronológica do que seriam as velocidades do Direito Penal, para aproximação de ambos com a tendência de flexibilização dos Direitos e Garantias Fundamentais em prol das malfadadas “eficiência” e “credibilidade” do Poder Judiciário.

Isso porque, ao se perceber um ideal constitucional cada vez mais distante da realidade processual penal brasileira, o pesquisador deve perquirir qual tem sido o norte do Estado punitivo para a adoção das medidas mais evidentes e para o atraso propositado na edição e aprovação daquelas que seriam a válvula de escape do sistema inquisitório.

Nesse panorama, destacam-se dois pensamentos: a demora no trâmite processual penal brasileiro e a desobrigação de revisão periódica das prisões cautelares leva à permanência de presos preventivos por tempo suficiente a constatar a lesão aos direitos fundamentais, dando tratamento similar ao que Günther Jakobs direciona ao inimigo; ou a utilização da prisão preventiva como a antecipação de punição que citado pensador⁴³ também se refere como um dos pilares da teoria.

A teoria do Direito Penal do Inimigo traz a perspectiva de um Direito Penal diametralmente setorizado. De um lado o Direito Penal do Cidadão, atento aos princípios e garantias fundamentais, e do outro o Direito Penal destinado aos inimigos, com visível flexibilização (ou mesmo abolição), das garantias em prol da “proteção” da sociedade.

Jakobs reflete que o cidadão é aquele que infringe a norma penal não por princípio, e não persistentemente, mas apenas como um mero deslize. Nesse sentido, a infração ocasionalmente há de gerar uma contrapartida reparatória do dano que causou através da aplicação de uma pena, em que todas as garantias são concedidas ao autor do fato. Nessa situação, não há perda do status de cidadão, pois o indivíduo que delinuiu não é visto como uma “ameaça constante”.

O inimigo, por sua vez, é o indivíduo que defrauda a norma por princípio, que não se submete e infringe a lei reiteradamente, a exemplo das organizações criminosas. Segundo Jakobs, a pessoa que age de tal forma não merece gozar do status de cidadão e acaba por tornar-se um verdadeiro inimigo da sociedade. Dessa forma, ao contrário

⁴³ Referência à obra *Direito Penal do Inimigo* (2008).

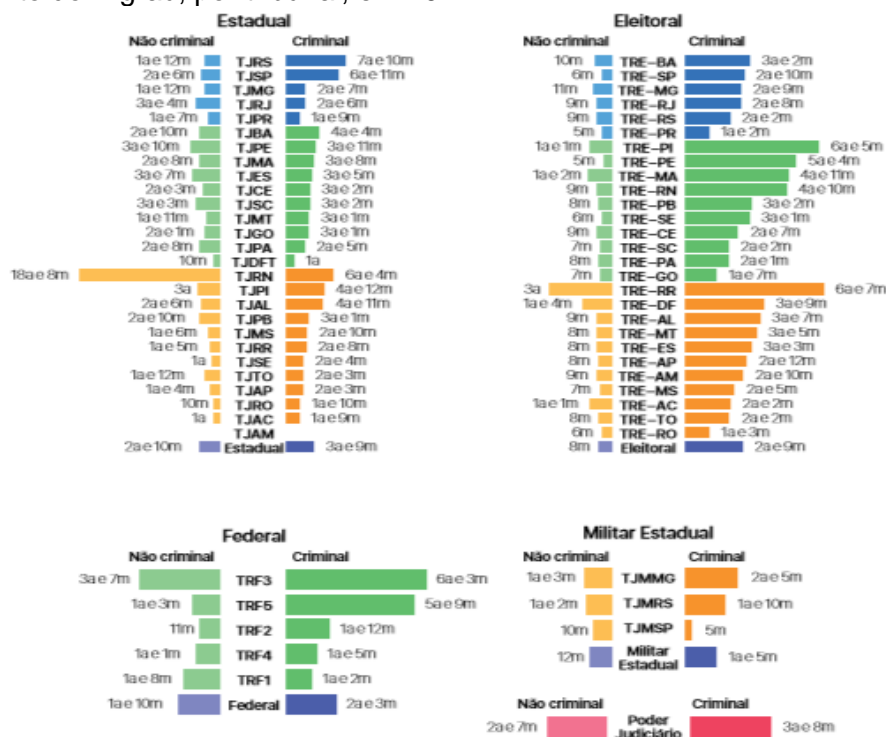


do que ocorre com o cidadão, que é punido apenas quando o fato delitivo ocorre, o inimigo é punido, de preferência, antes da realização do fato, pois trata-se da eliminação de um perigo (Jakobs; Meliá, 2007, p. 46).

O exemplo mais sintomático desse estado de exceção dentro da ordem jurídica pode ser percebido através dos prisioneiros de Guantánamo, os quais se encontram em uma situação de não-direito, em uma zona paralela à legalidade, sem acusação formal, sem direito de defesa, sem prazos, sem controle judicial, sem que sequer sejam considerados prisioneiros de guerra, reduzidos a uma condição sub-humana de não-pessoas (Garcia, 2004, p. 59).

Desse sistema, três são as marcantes características: a perda do status de cidadão, o combate a perigos, e a flexibilização/supressão de garantias individuais e processuais. Lembrando que essas questões incidem sobre aquele que é considerado inimigo da sociedade e perigo a ser combatido e neutralizado. Daí ser possível a identificação de duas delas na atual situação da prisão preventiva brasileira. A primeira quando se observa que o tempo de duração dos processos criminais do Brasil, até 2018, chegam a mais de 7 (sete) anos, como se pode observar pelos dados do Conselho Nacional de Justiça:

Figura 4.1 Tempo médio de tramitação dos processos criminais baixados na fase de conhecimento do 1º grau, por tribunal, em 2017.



FONTE: (CNJ, 2018).



Não bastasse a *via crucis* de responder a uma ação penal, a injustificável demora na duração de processos e, por conseguinte de cautelares atemporais, reverbera na ofensa direta aos direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, merecem destaque os ensinamentos de Ana Paula Guimarães (2013, p. 77):

Assim sendo, o Estado deve abster-se de intervir na compressão dos direitos fundamentais do arguido na medida do possível, de modo a que o tratamento processual seja orientado pela ideia de inocência e não de culpabilidade, pela ideia da manutenção dos seus direitos e não da sua supressão, de modo a que o arguido sofra o menos possível as consequências estigmatizantes inerentes à sua posição processual. É importante realçar que a simples existência de um procedimento criminal a correr contra alguém já é, de per se, um sofrimento para o arguido, pelo que só uma justiça eficaz e célere, obviamente compatibilizada com as necessárias e imprescindíveis garantias de defesa, poderá emprestar sentido útil à presunção de inocência.

A segunda, quando se identificam, nas fundamentações de prisões preventivas, elementos típicos da condenação, tais como atender ao clamor público, que não se confunde com ordem pública; resguardar a credibilidade das instituições de justiça; e a natureza grave da infração penal⁴⁴.

Afinal, a prisão preventiva só é compatível com a presunção de inocência do acusado, se não assumir natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado (art. 313, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal Brasileiro).

Sanchèz (2002, p. 55), através de sua Teoria da Expansão do Direito Penal relaciona a sociedade e o Direito Penal de cada época, identifica a terceira velocidade do Direito Penal, em que se expandem as garantias, e ao mesmo tempo se tem a flexibilização de princípios político-criminais e ainda privação de liberdade, como uma forma de demonstrar a punibilidade severa que pode ser dada ao homem visto como Inimigo da Sociedade.

O problema é que essa maximização, em prol da eficiência e para satisfazer o anseio social, leva à perda da essencialidade do Direito Penal *ultima ratio*, traduzindo-o em *prima ratio* ou *solo ratio*. O sistema Punitivo torna-se simbólico, visto que, ao se utilizar um Direito Penal Máximo, não é possível se assegurar as garantias fundamentais ao acusado (ou simplesmente investigado), daí a sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Nesse pensar, leciona Tangerino (2006, p. 166):

⁴⁴ Vide o julgamento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 100.430/AC, a 02.03.2010, em que o Relator, o então Ministro Celso de Mello, revogou a prisão preventiva decretada pelo juízo de base, e mantida pelo Tribunal de Justiça do Acre, destacando a imprestabilidade da prisão cautelar para tais fins (BRASIL, 2010).



“O Direito Penal, mercê de sua forte carga emocional, torna-se fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais, ante o fracasso de outras esferas de controle social ou ante a própria ausência de políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à população (...)”.

Importa reforçar que não se trata de uma quantificação de garantias violadas pelo sistema, mas sim da desumanização daquele que passou a ser o objeto da punição (sumária ou definitiva). Sobre o assunto, Zaffaroni:

Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso. Certamente o Estado pode privá-lo de sua cidadania, porém isso não implica que esteja autorizado a privá-lo de sua condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo. O tratamento como coisa perigosa, por mais que seja ocultado, incorre nessa privação (Zaffaroni, 2007, p. 18-19).

Noutra banda, o Direito Penal do Inimigo é a visualização na expansão do Direito Penal defendida por Jesus-Maria Silva Sanchèz (2002), que demonstra uma crescente flexibilização dos princípios político-criminais, regras processuais e de imputação que geram, na sua concepção maior segurança jurídica para a sociedade, que se divide em três velocidades.

A primeira velocidade, reconhecida como o Direito Penal Clássico ou Liberal, e é voltada a proteção de bens personalíssimos e patrimoniais. Essa primeira velocidade está intrinsecamente ligada ao Garantismo (Sanchèz, 2002, p. 148), onde a função do Direito Penal fica restrita à direitos individuais, propondo um paradigma de estrita legalidade, própria Estado de Direito.

Em sequência, a segunda inicia a representação da expansão do Direito Penal propriamente dita. A manutenção rigorosa dos princípios político-criminais clássicos e as regras de imputação, cede lugar às penas privativas de direito ou pecuniárias, visando uma flexibilização proporcional a diminuição da sanção. Ou seja, tenta-se abarcar mais Direitos além daqueles altamente essenciais para o Direito Penal.

A derradeira, terceira velocidade, trata de uma era, obrigada pela globalização, de “relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e regras processuais” (Sanchèz, 2002, p. 148). Exatamente nessa velocidade que o Direito Penal do Inimigo se abriga, corroborando as características de “ampla antecipação da proteção penal, isto é, mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais” (Sanchèz, 2002, p. 149).



Contrariando essa necessidade e eficiência de um sistema avassalador de direitos do apenado, tem-se o Garantismo do professor italiano Luigi Ferrajoli, preconizado, também, pela clássica doutrina de defensores da Escola de Frankfurt, com posição resistente quanto à expansão advinda da globalização, por acreditarem que o Direito Penal deve ser utilizado o mínimo possível, e somente em casos que violem de maneira agressiva os Direitos que tutelem os bens indispensáveis para o ser humano.

Sobre o assunto, Crespo (2006, p. 130) complementa:

(...) o chamado “discurso garantista” não é uma espécie de luxo ao qual cabe renunciar em tempos de crise, e nem uma tese conservadora. Em minha opinião é um discurso claramente progressista e crítico, porque pretende salvaguardar um modelo de direito penal estritamente vinculado às garantias do estado de direito que devem reger todas as pessoas.

Essa ideia de intervenção mínima se pauta no sentido de atuação do direito penal como operacionalizador do sistema judiciário, priorizando a resolução da lide fora do poder vertical do Direito Penal, de forma menos incisiva, podendo-se retirar o necessário discurso jurídico-penal, ou mesmo utilizá-lo como *ultima ratio*.

Essa dual discussão, entre máxima e mínima intervenção, novamente retoma grandes proporções na atual sistemática processual penal brasileira, quando se observam situações de utilização sumária do Direito Penal para atender aos anseios sociais, ao clamor público, em busca de uma suposta justiça eficaz.

Resultado inarredável é que a busca sedenta por justiça e credibilidade social acaba guiando o Poder Judiciário, braço firme do Estado, a situações da mais absoluta ausência de justiça, fortalecendo a desigualdade social através do processo seletivo subjetivo feito pelos julgadores para decidir o próximo alvo da prisão preventiva.

Amolda-se a discussão de justiça comparar o proposto com a concepção apresentada por John Rawls (1997, p. 11) de justiça como equidade, com leve teor do contratualismo do século XVII. Trata-se de uma posição original de igualdade que corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social.

Diferente do ideal grego⁴⁵, para Rawls a justiça como equidade dar-se no momento inaugural do contrato, assegurando a todos paritário conhecimento, raciocínio e o dever de obrigações e benefícios em relação ao pacto. Ele procura através das instituições e por meio de sua objetividade a justiça que é racionalmente compartilhada no convívio social. (Rawls, 1997, XVIII). Rawls une-se aos contratualistas para elaborar a forma mais adequada do que seria justiça:

⁴⁵ Aqui com expressa referência à justiça aristotélica.



“Meu objetivo é apresentar uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant. Para fazer isso, não devemos pensar no contrato original como um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo.” (Rawls, 1997, p. 12).

Nesse pensar, Rawls admite a sua concepção geral de justiça vinculada a dois postulados básicos: princípio da eficiência e princípio da diferença, o primeiro deles coincidente com o clamor social citado anteriormente. Sobre ele, o pensador afirma se tratar de uma metodologia garantidora de uma estrutura básica de regras imutáveis, que mantém estáveis os direitos e os deveres, de forma a evitar o aumento de expectativas de uns em detrimento da diminuição de outrem.

Já o segundo, complementa a indeterminação da eficiência, estipulando uma particularidade individual a cada situação de desigualdades econômicas e sociais, para se fixar uma estrutura básica mais equitativa (Rawls, 1997, p.80). Ou seja, aquelas circunstâncias imutáveis referenciadas no princípio da eficiência devem ser elaboradas a partir de uma análise específica das diferentes necessidades da sociedade, caso contrário, só se fará justiça a uma facção.

Dessa forma, é absolutamente pertinente a comparação das “justiças”, pois levando-se em consideração a perspectiva de Rawls, a diminuição dos direitos e garantias fundamentais em prol de uma punição perpétua, ainda que velada, mesmo que atendesse aos anseios sociais, resultaria em verdadeira fuga à equidade e, portanto, injustiça à maioria, o que contraria fundamentalmente o Estado Democrático de Direito.

Por fim, conclui-se que a utilização do Direito Penal do Inimigo, ainda que em resposta a uma exigência da população insatisfeita com a eficiência punitiva do Estado, não justifica a mitigação das garantias fundamentais, e, no arrimo da terceira velocidade do Direito Penal, somente guia a sociedade para uma relação cada vez mais injusta e ineficaz em matéria de políticas públicas (sociais e criminais).

4.1 A manutenção *ad eternum* de presos provisórios como consequência do etiquetamento social

Partindo do pressuposto que no Brasil a principal utilização da prisão envolve a constante necessidade de segregação social e manutenção das desigualdades vigentes, passa-se ao efeito das prisões cautelares sobre os cidadãos.

Isso porque, sabendo-se da frágil perspectiva do discurso de ressocialização vigente, bem como da insuficiente e problemática política carcerária que não satisfaz o



seu objetivo declarado, somente o velado, mostra-se necessário trazer à baila a teoria do *labelling approach*, cujo esclarecimento inicial de Baratta (2002, p. 11) é que:

[...] a criminalidade não seria um dado ontológico pré-constituído, mas realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e da reação social, o criminoso não seria um indivíduo ontologicamente diferente, mas um status social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal.

A teoria do etiquetamento social, por sua vez, investiga de que forma o estigma penal age no olhar social sobre o apenado, sabendo-se que isso gera efeitos negativos à sua identidade social, dificultando, portanto, sua inserção efetiva na sociedade. Isso porque, etiquetar o indivíduo pelo ato criminoso que cometeu é, sem dúvida, atribuir a ele pena perpétua capaz de violar e, boa parte das vezes, lhe retirar direitos fundamentais sem os quais sua vida no meio social se dificultaria em demasia, a exemplo do seu direito a uma vida digna.

Com efeito, o *labelling approach* também se repercute na atividade interpretativa das normas, uma vez que as pré-impressões, as leis propriamente ditas e elementos psíquicos agem no intérprete e, de igual modo, no julgador como uma “questão científica decisiva” no processo de avaliar a população criminosa.

A consequência é a descaracterização do sujeito desde a criminalização secundária, enquanto prestes a sofrer sanção por um ato ilícito, atingindo repetidamente o mesmo indivíduo durante a pós o cumprimento da pena (criminalização terciária). Nesse pensar, Baratta (2002, p. 12) complementa:

[...] a criminalidade como status atribuído a alguns sujeitos pelo poder de outros sujeitos sobre a criação e aplicação da lei penal, através de mecanismos seletivos estruturados sobre a estratificação social e o antagonismo de classes, refutaria o princípio de igualdade; a relação variável do processo de criminalização com a posição social do acusado indicaria a relatividade da proteção penal a bens jurídicos, atingindo o princípio de legitimidade; enfim, a diferenciação entre desvio primário e desvio secundário acabaria por desmoralizar a ideia de ressocialização e, portanto, o princípio de prevenção.

A realidade é que esse movimento é responsável por identificar que a “criminalidade não seria simples comportamento violador da norma, mas realidade social construída por juízos atributivos, determinados, primariamente, pelas meta-regras e apenas secundariamente, pelos tipos penais” (Baratta, 2002, p. 12).

Becker explica, por sua vez, que “alguns sociólogos aceitam que existem características inerentes a eventos, objetos e atividades, que sobrevivem a todas as variações de contextos sociais, só podem ser interpretados e compreendidos como



portadores características imutáveis” (Becker, 2014, p. 12). Valendo citar Baratta (2002, p. 14):

O caráter nodal da relação cárcere/marginalização social: o cárcere seria o momento culminante de mecanismos de criminalização, inteiramente inútil para reeducação do condenado - porque a educação deve promover a liberdade e o auto respeito, e o cárcere produz degradação e repressão, desde a cerimônia inicial de despersonalização; portanto, se a pena não pode transformar homens violentos em indivíduos sociáveis, institutos penais não podem ser institutos de educação.

Não obstante, as lições de Durkheim também se relacionarem ao etiquetamento social, à medida que o sociólogo ressalta acerca da “consciência coletiva ou comum”, cuja qual ele define como sendo “o conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade” (Durkheim, 1973, p. 35).

Em sentido contrário, Paulo Queiroz, lembrando o garantismo, reforça que Direito Penal tem caráter subsidiário, de modo que ele é acionado, em ultima ratio, sua intervenção deve ser sem excessos, sem abusos e ilegalidades:

[...] não se justifica o emprego de um instrumento especialmente lesivo da liberdade se se dispõe de meios menos gravosos e mais adequados de intervenção, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade. A natureza secundária as normas penais é, assim, como diz Maurach, uma exigência político-jurídica dirigida ao legislador. O direito penal há de ser sempre a ultima ratio da política social (Queiroz, 2005, p. 05).

De fato, estar fora do mercado de trabalho representa um terreno de cultura para a marginalização criminal, pois esta (...) revela o caráter “impuro” da acumulação capitalista que implica necessariamente os mecanismos econômicos e políticos do parasitismo e da renda. A esperança de socializar, através do trabalho setores de marginalização criminal, se choca com a lógica da acumulação capitalista, que tem necessidade de manter em pé setores marginais do sistema e mecanismos de renda e parasitismo.

Em suma, é impossível enfrentar o problema da marginalização criminal sem incidir na estrutura da sociedade capitalista, que tem necessidade, por motivos ideológicos e econômicos, de uma marginalização criminal (Baratta, 2002, p. 190).

4.2 Criminalizações primária, secundária e terciária como filtro do etiquetamento social

Entender os tipos de criminalização impescinde a avaliação das diferenças relacionadas à criminalidade. São conceitos instigantes, aparentemente similares,



porém é a sua diferenciação que permite a identificação da seletividade na aplicação do Direito Penal.

A sua relação é com a prática de fatos típicos, previstos em lei como infrações penais, fenômenos que lesam valores e regra socialmente admitidas como padrão necessário à convivência. No entanto, a criminalização, que é o processo de assimilação do indivíduo como delinquente desde que pratica uma conduta desvirtuada. Ele torna-se o “mal”, o “inimigo”, exurgindo a identificação (etiquetamento) como criminosa. Daí a necessidade de punição pelo sistema penal. Nas palavras de Zaffaroni (2015, p. 43):

Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o sistema penal.

Possível destacar que a criminalidade representa um conjunto superior à criminalização, vez que esta é característica da seleção (dentro e fora do sistema penal) destinada aos criminalizáveis. Já as organizações desse sistema têm o objetivo focado nos elementos formadores responsáveis por gerir a criminalização, daí a seletividade, já que nem toda conduta típica será criminalizada em decorrência da citada seletividade.

Nesse contexto, Araújo (2010, p. 115-116) afirma que o processo se concretiza por meio do controle social (formal e informal) estabelecendo-o, juntamente com o sistema penal, como “pilastras da criminalização”. E complementa que o controle formal “é o exercido pelas agências de controle ligadas ao poder do Estado de punir, as quais, em razão disso, operam a criminalização ou convergem na sua produção.

Noutra quadra, o controle social informal é “a fiscalização realizada pela sociedade civil” e, como leciona Andrade (2003, p. 29), também chamado de difuso, já que performado por instâncias como as famílias, as escolas e a mídia.

Igualmente importante é a percepção de criminoso dada ao indivíduo, que somente passa conferir legitimidade a punição quando o controle social da própria coletividade (agências e a sociedade) o percebem como delinquente. Nesse pensar:

[...] o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito das atividades das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias (Baratta, 2002, p. 86).

Explicitada a diferença entre criminalidade e criminalização, três são os tipos desta última: primária, secundária e terciária.



A criminalização primária, explicada por Zaffaroni (2015, p. 44), é desempenhada por meio do processo legislativo de criação e sanção da lei penal. É quando se elaboram e reformam as condutas reprováveis em âmbito legal. Comumente coincidem com as normas constitucionais, valores éticos, morais e regras socialmente estabelecidas. Por isso que o Direito Penal, hipoteticamente, tutela direitos essenciais: vida, integridade física, dignidade sexual, ao patrimônio e outros.

Por óbvio, é o primeiro a acontecer, e sofre influência da situação política, econômica e social. É o processo que envolve a criação de normas que visam atender o anseio social mais gritante, a exemplo da Lei Maria da Penha, da Lei Carolina Dieckmann e da criação do crime de Feminicídio como qualificadora do homicídio. Através dessas que o Poder Legislativo responde às demandas sociais, filtrando o que é importante à sociedade como um todo.

É nesse viés que se identifica o intento de organizar a vontade social sem perder de vista a possibilidade jurídica de resguardar os direitos protegidos pela Constituição. Nada obstante, a atuação na criação de novas leis não afasta a necessidade de reavaliação daquelas já existentes, que igualmente merecem o crivo de utilidade pública, especialmente em relação às mais pretéritas, que hoje já não representam lesividade alguma, vide o antigo grupo que faziam parte os crimes de rapto e sedução.

Cediço que não é o que se observa, pelo menos não sem o intento político de angariar votos. Na verdade, o que repercute é a instituição de penas elevadas a alcançar a ressocialização, na ilusão de ser capaz de tornar os altos índices de violência em número aceitáveis na sociedade contemporânea. Nesse pensar, Araújo (2010, p. 120) destaca:

As normas criminalizantes são estabelecidas em forma de regramentos genéricos, programáticos, os quais, para sua aplicação, utilizam-se de um instrumental jurídico definido, de regras de aplicação, que serão viabilizadas pelas agências de criminalização secundária.

Já a criminalização secundária, nos mesmos ensinamentos de Zaffaroni (2015, p. 45), atine à ação punitiva do Estado aos crimes já identificados. Ultrapassada a etapa primária, entra em funcionamento o sistema penal, normalmente iniciado pelo inquérito policial, passando pela ação dos órgão titulares da ação penal, e chegando ao cume na decisão judicial de condenação ou absolvição, genericamente falando. É nesse último momento que o Estado decide se o indivíduo se torna delinquente ou se está apto à continuação o antro social que se encontra.

Baratta (2002, p. 98) explica que essa etapa da criminalização é feita pelas chamadas “agências do sistema penal”: “a polícia, a magistratura, órgãos de controle



da delinquência juvenil” que serão os responsáveis pela execução da lei penal. Referenciando o termo, Zaffaroni (2015, p. 45) explicita que a atuação das agências policiais está conectada ao trabalho de outras agências, tais quais as políticas e as de comunicação social.

É possível identificar que a seletividade nos dois primeiros processos de criminalização recai sobre objetos diferentes. A inicial sobre os direitos que serão tutelados e a segunda sobre os próprios sujeitos, bem mais objetiva. Ou seja, a seleção atua tanto sobre os delinquentes, quanto sobre as vítimas.

Trata-se, pois, de um aspecto marcante do sistema penal brasileiro: a identificação do indivíduo como criminoso. Tal rotulação foi trabalhada na teoria do *labelling approach* (etiquetamento), nos anos 60 pelos Estados Unidos. Entende-se ser a constatação da diferença entre o homem comum e o criminoso através da rotulação e consequente estigmatização destinada ao último, tanto para estereotipar o sujeito como delinquente quanto influenciá-lo a praticar novos crimes. Nesse contexto, Andrade (2003, p. 41) disserta:

A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a „definição legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal, e a “seleção” que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas. [...] Por isso, mais apropriado que falar da criminalidade (e do criminoso) é falar da criminalização (e do criminalizado), e esta é uma das várias maneiras de construir a realidade social.

Trata-se de meios formais e informais de controle social, para disseminar uma cultura do pânico na sociedade, propagando a necessidade de marginalização de parte da sociedade em prol da segurança dos demais. E é nesse ponto que incide a terceira fase da criminalização, que é o objeto a que se direciona o presente trabalho. A partir do encarceramento, o sujeito torna-se objeto da criminalização terciária, correspondendo “às consequências negativas do contato do sujeito com as agências criminalizantes, uma vez que se enfatizam as mudanças que a experiência pode provocar nele, em sua auto percepção, e em sua forma de encarar a sociedade”. (Araújo, 2010, p. 127)

Lemert (1967 apud Baratta, 2002, p. 90) pontua que a criminalidade apresenta dois grandes problemas: o desvio primário (primeira prática do delito) e as consequências desse comportamento. Inicialmente, o destaque está na influência das questões sociais e culturais na prática dos atos delinquentes, em seguida, nas consequências da prática de tal delito, pessoais e sociais. Para o mesmo autor, a reincidência na execução de crimes “torna-se um meio de defesa, de ataque ou de



adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio”.

Em geral, já que a seleção dominante corresponde a estereótipos e a pessoa que se enquadra em alguns deles não precisa fazer esforço muito grande para colocar-se em posição de risco criminalizante (e, ao contrário, deve esforçar-se muito para evitá-lo), portanto se encontra em um estado de vulnerabilidade sempre significativo (Zaffaroni, 2015, p. 49). Pior ainda, seria escapar do estigma de criminoso após o cumprimento da pena, ou, durante ele, em situações de liberdade e semiliberdade (regimes aberto e semiaberto, ou liberdade condicional).

Por fim, para se ter uma compreensão mais ampla do processo de condenação criminal e tirar conclusões mais adequadas, deve-se ressaltar que sua importância está em punir deliberadamente os atos criminosos antes e depois da prisão, a fim de fortalecer a concepção nacional. Ele mantém a ordem e defende os direitos da comunidade. O ponto de reflexão sobre essa situação é entender que crimes e condenações são costumes sociais, portanto, são questões comunitárias, não apenas nacionais.

Além disso, essas questões sociais não afetam apenas a segurança pública, mas também afetam as condições econômicas e financeiras do país e afetam a ordem política e social. E, é nesse contexto que se percebe as concepções de *prima ratio* ou *solo ratio*, comumente (e equivocadamente) atribuídas ao direito penal para garantir estabilidade às relações identificadas como problemáticas.

Assim, é possível perceber que a manobra social que tem como instrumento a prisão de indivíduos etiquetados socialmente, especialmente a prisão preventiva, ao mesmo tempo que não é competente para a diminuição da crise de inseguranças da população, resulta em afronta grave aos Direitos Humanos daqueles que acabam por ser os destinatários (ou mesmo alvos).

Nesse pensar, o próximo capítulo tratará dos Direitos Humanos e da sua conexão com o procedimento brasileiro de acautelamento do réu preventivamente por tempo indeterminado.



5 Os Direitos Humanos através do Materialismo Histórico

Entender os Direitos humanos a partir das relações de produção é uma tarefa necessária para o desenvolver do trabalho. Porém, é possível estabelecer um ponto em comum entre essa diversidade: o poder punitivo. Poder este que “sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento que não correspondia à condição de pessoas” (Zaffaroni, 2015, p. 11).

A combinação do terreno comum entre as sociedades e as vagas enfrentadas pelos direitos humanos em seu significado e sentido ontológico levou o Dicionário Oxford a escolhê-lo como a palavra do ano de 2016, o adjetivo “pós-verdades”, utilizado para qualificar “circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência em moldar a opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pessoais” (Oxford, 2016).

Isso porque, no ano de 1776, ao compor a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, Thomas Jefferson se referiu aos Direitos humanos como verdades autoevidentes, ou seja, “que todos os homens são criados, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade” (Hunt, 2009, p. 13).

Nesse contexto, é necessário constituir um apanhado histórico dos Direitos Humanos, desde a sua relação com os direitos naturais até sua concepção contemporânea de direitos fundamentais à pessoa humana.

O conceito baseado nos direitos humanos é baseado em perspectivas ocidentais e modernas que em muitos casos não são sinônimos (Wolkmer; Batista, 2011, p. 133). Por isso, é importante entendê-los como “históricos, e, por isso, não estanques” (Wolkmer; Batista, 2011, p. 133), para que se possa enquadrá-los no contexto e, pontualmente, relacioná-los com a atividade policial.

A evolução histórica dos Direitos Humanos segue a compreensão de que cada ser humano vive “dentro de determinada fase do desenvolvimento da sociedade” (Baratta, 1993, p. 46). E a realidade brasileira não pode ser entendida individualmente, mas a partir de uma coletividade, de grupos sociais que interagem diante das relações de produção que se articulam na sociedade (Baratta, 1993, p. 47).

Assim, entendendo que “cabe ao materialismo histórico fixar uma imagem do passado como ela se apresenta, no momento do perigo, ao sujeito histórico, sem que ele tenha consciência disso” (Benjamim, 1987, p. 224), passa-se a análise do objeto de investigação.



5.1 A cronologia dos Direitos Humanos e seus reflexos na legislação brasileira

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, é o regramento responsável pelo reconhecimento dos Direitos Humanos como universais (Ramos, 2014, p. 28). Contudo, desde os tempos Antigos até a contemporaneidade é possível averiguar que os “excluídos” (Andrade, 2003, p. 139-140) os tem de forma mitigada.

Nesse passo, a doutrina é capaz de identificar, desde a Antiguidade, os focos de elucidação de tais direitos, tais como “Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio na China” (Ramos, 2014, p. 29).

Fato histórico é que o Código de Hamurabi é reconhecido como a fonte escrita pioneira de tais direitos, fixando penas extremamente severas e desiguais que variavam segundo o status social do infrator e da vítima, além de estabelecer a Lei de Talião como máxima regente do dispositivo (Wolkmer; Batista, 2011, p. 134).

Pela mesma razão, o Código de Manu indicava que a justiça deveria ser exercida de acordo com as circunstâncias de cada um, e punições corporais e marcas de desonestidade deveriam ser amplamente aceitas na testa de prisioneiros no corredor da morte. Daí a sua semelhança, pois “os direitos não eram vistos como limitações ao poder estatal” (Wolkmer; Batista, 2011, p. 135), especialmente, ao se referir à punição de infratores das condutas sociais impostas.

Percebe-se que, em termos de conceitos de povo, filósofos e povo, dignidade e unidade, os direitos universais ainda carecem de sustentação e consenso, o que é consequência de se tentar definir os elementos complexos que constituem os direitos humanos, esses elementos são as pessoas. Essa dificuldade dos Antigos, que até hoje permanece⁴⁶.

Para Wolkmer; Batista (2011, p. 135), a Idade Média é reconhecida por embasar o Direito sob uma ótica divina, “a qual determinava a proteção do indivíduo no contexto de relações pessoais de dependência”. No entanto, entende-se essa proteção de uma forma diferente, condicionada à hierarquia ocupada na arquitetura social.

Com o fim da disputa e a tendência à centralização do poder, surgiu a imagem de um rei com poder absoluto. De tal modo, na Inglaterra, em 1215, surge o documento precursor do constitucionalismo moderno (Wolkmer; Batista, 2011, p. 135-136), a *Magna Charta Libertatum*, além de estipular proporcionalidade entre crimes e sanções, devido processo legal e livre acesso à justiça, trata-se essencialmente de uma tentativa de limitar o poder absoluto do monarca.

⁴⁶ Nas palavras de Baratta (1993, p. 46), “esta relação se deve ao fato de que na história de nossa cultura, homem e direito são definidos a partir de um ponto de vista ideal”.



Em seguida, a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, em 1776, bem como da Revolução Francesa, com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, foram responsáveis por consagrar os demais princípios de extrema relevância aos Direitos Humanos, tais como o da segurança, da resistência à opressão e da presunção de inocência.

Nesse sentido, a adoção dessas declarações gerou os chamados direitos humanos de primeira geração (Wolkmer; Batista, 2011, p. 136) com cores individualistas, almejando a liberdade como cerne de uma vida digna, pelo que é necessária uma intervenção mínima do Estado. Deste modo, o modelo de Estado-Nação derradeiro foi o liberalismo.

No entanto, esse aumento da liberdade pessoal criou um mundo de injustiça social e estabeleceu um estado de indiferença, que contribuiu para a eclosão da primeira guerra. Como resultado, houve uma reação anti-liberdade e o estabelecimento de um estado social. Como resultado, como toda a sociedade está em perigo, surgiram estímulos de poder punitivos mais repressivos e discriminatórios, além do surgimento dos direitos de segunda dimensão (Wolkmer; Batista, 2011, p. 137); um verdadeiro contrassenso.

No pós-guerra, os países ocidentais se uniram para a versão da Declaração Universal dos Direitos Humanos e reconheceram a proteção dos direitos humanos no mundo, considerando os legítimos interesses e preocupações de todas as pessoas (Piovesan, 2014, p.11), e impondo obrigações aos Estados que o assinam (Piovesan, 2014, p. 12).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é considerada como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos. Em consonância com esse entendimento, Aury Lopes Jr. (2011, p. 08), leciona que:

Os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa do que segmento da sua política estatal em geral; e o processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição. A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista (eficiência antigarantista). Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo.

Portanto, a mudança de ideal constitucional, para uma vertente democrática, certamente impacta diretamente no processo penal daquela nação. E a sociedade, na esperança constante de melhorias, aguarda do ente a combinação de uma gestão rápida, eficaz, e, ao mesmo tempo, justa.



5.2 A mitigação dos Direitos Humanos através do controle penal simbólico

Historicamente, o Estado de Direito surge com a precípua função de limitar os desejos tiranos do ente soberano e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos tutelados, especialmente no que tange à dignidade⁴⁷. Na contramão de tais ideais, merecem destaque dois agentes: o controle penal simbólico e a violência estrutural.

O primeiro consiste num conjunto de ideias para garantir respeito às regras impostas por instituições como família, igreja, comunidade e, o Estado como grande aliado no exercício do controle social formal o direito penal, que possui um sistema normativo e prevê rol taxativo de condutas sociais reprováveis (Greco, 2017, p. 71). É esse mesmo Direito Penal, sob a perspectiva formal, que Greco (2017, p.71) define como um conjunto de normas (regras e princípios) que guiam a aplicação do poder punitivo do Estado. Materialemente falando, é a constituição do próprio poder de punir.

Portanto, a função do direito penal, como um todo, seria proteger os bens jurídicos mais relevantes à sociedade. No entanto, conforme explica Bianchini (2013, s/n), nem todos os bens jurídicos devem ser tutelados, somente aqueles que possuem “dignidade penal”. Trata-se de bens jurídicos que são imprescindíveis para convivência em sociedade. Por essa razão, o direito penal possui dentre seus princípios basilares a intervenção mínima, subsidiariedade e taxatividade.

Em contraposição a esse pensamento, Günther Jakobs preicetua que a função principal do Direito Penal não é a proteção dos bens jurídicos ou a ressocialização do indivíduo⁴⁸. Para o autor, o Direito Penal possui a missão de manter as expectativas normativas, a higidez do ordenamento, se não houve punição à infração, não haveria respeito às normas. É a preservação do sistema de normas.

Acontece que o Estado ao assumir a primordial função de promover a segurança, educação, saúde, possibilitar o acesso à justiça, à cultura, ao trabalho, ao lazer, à moradia digna, promover a proteção integral da criança e do adolescente, centralizar e/ou descentralizar as atividades da administração pública, dentre infinitas outras atribuições, falha, por não conseguir atender as necessidades de sua população que se torna cada vez mais complexa. Assim, como estratégia para maquiar as suas falhas e controlar aqueles que turbam a “paz social”, a “tranquilidade, depositam no sistema punitivo, no Direito Penal as esperanças em tentar apaziguar a turbulência social.

Para Baratta (1991, p. 53):

⁴⁷ “[...] as leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados sobre a superfície da terra”. (BECCARIA, 2009, p. 11).

⁴⁸ Trata-se do funcionalismo sistêmico (Jakobs, 2005, p. 31).



“As novas concepções da função simbólica do Direito penal representam posições da teoria não menos, senão mais avançadas que a prática (...) sua eficácia é estudada não tanto como um sistema de produção de segurança real de proteção de bens jurídicos, senão como instrumento de resposta simbólica a demanda de pena e segurança por parte do público” (...).

Por isso que, ao adotar uma postura expansionista, o Estado utiliza, simbolicamente, o Direito Penal. Transforma-se o protetor de direitos e bens jurídicos num instrumento intimidador e sem a eficácia programada na sua criação.

Fazendo um contraponto, Sousa (2007, p. 158), destaca que a função simbólica do Controle Penal não é de todo ruim, desde que adaptada a uma resposta paliativa e imediata a uma emergência. O problema estaria na utilização desse instrumento para “desempenhar uma função educativa, promocional e de integração”. Estaria-se falando de uma válvula de escape estatal, que ilude a sociedade acreditar que o controle exercido através do Direito Penal é a cura para todos os males.

Zaffaroni (2001, p. 245-246), ainda ironiza que, para o cidadão comum só resta acreditar no ilusionismo, depositando todas as suas esperanças no Estado punitivista, para se sentir bem diante da falsa eficácia do Direito Penal. A bem da verdade, as agências policiais que atuam como protagonistas desse controle, têm limitada capacidade operacional e o crescimento de infindáveis demandas sociais, crimes e “outsiders” levam a atuação a uma utopia negativa.

Afinal, como retrata Foucault (2015, p. 271), a sociedade que se sente insegura; o Estado que tenta disfarçar as suas falhas; os excluídos que tentam se incluir; os Direitos humanos são vistos como garantias à impunidade; desemboca a guerra social entre “polícia” e “bandido, entre o “nós” e os “outros”, uma guerra de todos contra todos.

Retomando a análise pragmática, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2016) no ano de 2014 foram registradas 60 mortes decorrentes de intervenção policial no estado do Maranhão. No de 2015, esse indicador aumentou para 117 mortes. Em contrapartida, no ano de 2014, registrou-se que foram mortos 19 policiais em confronto ou por lesões não naturais fora de serviço. No ano de 2015, esse mesmo indicador fora reduzido para 09.

Ou seja, “o controle penal contemporâneo caminha na direção de um dramático ‘autoritarismo cool’ genocida, fazendo refém o rumo das democracias” (Andrade, 2011, p. 806), o que contribui para o esvaziamento dos Direitos humanos que passam a transmitir à sociedade maranhense “um sentimento difuso de indignação contra a impunidade” (Andrade, 2011, p. 801). Na verdade, o funcionamento do sistema penal simbólico assume a mais importante função de manter as desigualdades sociais (Guimarães; Rego, 2009, p. 140).

A facilitada difusão de informações da atualidade possibilidade que a mídia fomenta a construção de uma Violência Estrutural na sociedade, que é definida como



sinônimo de injustiça social (Baratta, 1993, p. 49). Significa dizer que há uma tentativa de legitimar a privação do ser humano de atingir as suas necessidades reais, portanto, de reprimir os Direitos humanos no seu aspecto, normativo-institucional, teórico-filosófico e histórico-social. A propósito:

A imunidade dos crimes mais graves é cada vez mais elevada à medida em que cresce a violência estrutural e a prepotência das minorias privilegiadas que pretendem satisfazer as suas necessidades em detrimento das necessidades dos demais e reprimir com violência as exigências de progresso e justiça, assim como as pessoas, os grupos sociais e movimentos que seus intérpretes (Baratta, 1993, p. 50).

Os favorecidos assumem as rédeas do Mercado, contam com a ajuda do Estado ineficiente e impedem os marginalizados de satisfazer as suas necessidades. Esse “adversário” se torna o alvo preferido do sistema penal, que faz questão de capturá-lo, não somente porque delinque mais, pois galgam as suas necessidades reais que são impedidas, mas, porque a atenção é voltada substancialmente para ele (Guimarães; Rego, 2009, p. 142).

A violência individual, a violência de grupo, a violência institucional e a violência internacional, todas reunidas na violência estrutural, conduzem à sociedade “à emergência de novos totalitarismos e permite pensar que vivemos numa época de globalitarismo e muito mais que de globalização” (Santos, 2004, p. 55).

E é exatamente nesse contexto extremamente frágil de proteção aos direitos fundamentais, que a presente investigação insere a figura da Prisão Preventiva atemporal. Pois, o seu cumprimento, na verdade, mais se assemelha à Prisão Pena que à Prisão Cautelar. A proposta é de se analisar o instituto como instrumento de reprodução dessa violência estrutural, no entanto, de forma antecipada, pois exequível antes mesmo de qualquer condenação.

5.3 Prisão preventiva atemporal como violadora do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Antes de adentrar na questão do confronto da prisão preventiva atemporal com os postulados internacionais de Direitos Humanos, é preciso que se compreenda qual a relevância dos tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que a previsão para a realização dessa audiência advém destes.

Tais documentos são importantes instrumentos de proteção, pois engajam e vinculam diversos atores da comunidade internacional, proporcionando uma rede maior de acolhimento a esses direitos.



Compreendendo do que se tratam os direitos humanos e qual a sua relevância para a sociedade, é possível analisar o seu conceito estabelecido pela doutrina brasileira.

Segundo André de Carvalho Ramos, “os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerados indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna”. (Ramos, 2014, p. 21).

Assim, para o referido autor, há uma noção de essencialidade que circunda tais direitos, sendo os mesmos indispensáveis para que as pessoas gozem daquilo que se tem como vida digna. Prosseguindo em sua conceituação, André de Carvalho Ramos ressalta ainda a sociedade inclusiva, que seria aquela que se empenha na proteção aos direitos, cuja consequência primeira é o resguardo do “direito a ter direitos”, sendo este o primeiro direito humano do qual derivariam todos os demais. (Ramos, 2014, p. 21).

Portanto, cabe destacar que os autores citados priorizam a dignidade e a necessidade dos direitos humanos como privilégio para que os indivíduos possam usufruir de outros direitos que lhes são conferidos por meio de normas ativas ou outros meios. Apenas por causa da condição de você se tornar humano.

A conceituação de Paulo Henrique Gonçalves Portela torna-se interessante por partir o autor, de imediato, da constatação de que a definição dos direitos humanos é por demais complexa, não havendo um consenso quanto a isso. No entanto, a relevância do tema é inegável, assim como sua discussão e sua busca teórica. Dessa forma, Portela define os direitos humanos como “aqueles direitos essenciais para que o ser humano seja tratado com a dignidade que lhe é inerente e aos quais fazem jus todos os membros da espécie humana, sem distinção de qualquer espécie”. Ressalta ainda a sua finalidade de proteção contra as arbitrariedades estatais, bem como aquelas perpetradas por entes privados. (Portela, 2017, p. 833).

Portanto, nesta parte, o último ponto de vista aponta para um ponto peculiar do conceito de direitos humanos, ou seja, a natureza inerente dos direitos humanos a todos, independentemente de diferenciação e separação. Portanto, a igualdade é o foco desta definição, e é também a vulnerabilidade das pessoas ao governo ou outros.

Valério de Oliveira Mazzuoli, ao pensar o conceito de direitos humanos, atem-se a um posicionamento deveras técnico, uma vez que, para ele, tal definição estaria intimamente ligada ao direito internacional público. Dessa forma, os direitos humanos seriam aqueles “direitos que são garantidos por normas de índole internacional, isto é, por declarações ou tratados celebrados entre estados com o propósito específico de proteger os direitos das pessoas sujeitas à sua jurisdição”. (Mazzuoli, 2018, p. 28).



O autor faz uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Para ele, estes são apenas tratados, acordos e outras normas de nível internacional da mesma natureza, e essas serão as normas contidas na constituição de nível local, e a comunidade internacional não tem força vinculante.

A despeito disso, porém, Mazzuoli não deixa de destacar que os direitos fundamentais têm se alçado à condição de direitos humanos em razão de uma busca, pelos entes públicos, por um grau maior de proteção a direitos que resguardam os indivíduos dos arbítrios cometidos por autoridades estatais. (Mazzuoli, 2018, p. 28-39).

Portanto, o conceito de Valério de Oliveira Mazzuoli é por demais tecnicista e restritivo, pois relega os direitos humanos à condição de o serem apenas se estiverem positivados em documentos internacionais.

Tal ponto de vista ignora a amplitude e complexidade do tema, bem como a sua relevância para a sociedade, tanto no plano interno, quanto no plano internacional. A título de exemplificação, ao adotar-se tal conceito, se estaria correndo o risco de algum direito fundamental ser massivamente violado por um estado, e a comunidade internacional nada possa fazer, em virtude do dito direito não estar positivado em um documento internacional.

Como visto acima, Mazzuoli opta por distinguir direitos humanos e direitos fundamentais, mostrando-se relevante fazer um paralelo com a definição do doutrinador Alexandre de Moraes, que prefere usar o termo “direitos humanos fundamentais”. Para ele,

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais. (Moraes, 2011, p. 20).

Assim, além de reconhecer a multiplicidade de definições a respeito do que são direitos humanos, opta por dar ênfase à finalidade de proteção contra os arbítrios do Estado, bem como ao respeito e garantia à dignidade. (Moraes, 2011, p.20).

Portanto, nos conceitos analisados, pode-se dizer que, em termos de conceituação de direitos humanos, dois temas principais são destacados, quais sejam, dignidade e liberdade de arbitragem governamental. Essa preocupação não é infundada, pois se acredita que o Estado sempre teve forte poder sobre o indivíduo, principalmente quando o indivíduo faz parte de uma classe mais fraca da sociedade.

Segundo os ensinamentos de Joaquín Herrera Flores, há uma concepção clássica dos direitos humanos que os tem como uma forma de alcançar outros direitos. Seriam, então, “direitos para conseguir direitos”. Ocorre que essa concepção clássica é por



demais simplista, e ignora uma imensa gama de variáveis que por si só são empecilhos para que esses direitos sejam alcançados. (Flores, 2009, p. 23-28).

É inegável que em qualquer sociedade conhecida hoje, a desigualdade entre todas as classes está aumentando. No entanto, pode haver mais em alguns lugares do que em outros. Essa desigualdade se traduz em educação, economia, gênero, idade e nível de escolaridade. Aqueles no topo da pirâmide social podem desfrutar de seus direitos sem problemas.

Entretanto, aquela parte da população que é esquecida, que se encontra nos estratos mais baixos, sofre uma falta de mecanismos para o alcance de seus direitos. E é nesse ponto que os direitos humanos, hoje, devem se pautar. Não na busca de mais direitos, mas sim na busca por mecanismos que levem esses direitos àqueles que não os têm. (Flores, 2009, p.23-28).

Ao final da análise de todos os conceitos acima, cabe ressaltar que por mais que a definição de direitos humanos seja objeto de divergência, ela, sem dúvida, foca em dois aspectos básicos e é muito relevante para o tema aqui discutido (dignidade humana e respeito).

Pensando no sistema carcerário e nas condições em que são postas as pessoas alcançadas pelas mãos da justiça criminal, que nem sempre é “justa”, é nítida a necessidade de tutela por parte dos direitos humanos. Sabe-se que o descaso com o sistema carcerário é histórico, e grandes são as atrocidades ainda praticadas. Dessa forma, é preciso a criação de meios que reproduzam e garantam os direitos mais básicos e essenciais a esses indivíduos.

Durante muito tempo, o princípio da soberania nacional foi considerado inquestionável pelo direito internacional, determinando que nenhum país pode interferir nas decisões e ações de outro país, mesmo que tal comportamento leve a graves violações dos direitos humanos.

Ocorre que, em razão de inúmeros acontecimentos históricos, que demonstraram por si só que a soberania estatal absoluta, por vezes, podia ser nociva à humanidade, viu-se a necessidade de se estabelecer uma tutela internacional aos direitos humanos, de modo que se atribuísse a estes maior efetividade e respeito. (Gorczewski; Dias, 2012, p. 01-32).

Assim, no século XX, o reconhecimento de que não se podia deixar a cargo dos Estados a proteção aos direitos humanos, fez nascer uma proteção de ordem mundial, deixando claro que a tutela desses direitos é um problema a ser considerado por toda a comunidade internacional. (Gorczewski; Dias, 2012, p. 01-32).

No entanto, apesar do progresso feito na proteção dos direitos humanos no século XX, esses direitos humanos ainda são violados e ignorados de muitas maneiras



diferentes. Os direitos fundamentais, especialmente quando se trata de minorias e grupos vulneráveis, são respeitados em grande medida, gerando insegurança, pois é certo que a proteção internacional dos direitos humanos não é respeitada e sua eficácia é muito reduzida. Assim, faz-se necessário o nascimento de novas formas de proteção a estes direitos, formas estas capazes de garantir o seu resguardo e segurança. (Trindade, 1997, p. 01-11).

Para que se compreenda de forma mais eficiente o âmbito de proteção do sistema interamericano de direitos humanos, é necessário atentar-se para o contexto histórico, pois ele é capaz de propiciar um maior esclarecimento a respeito da valia que se deve conceder aos direitos humanos.

O contexto da região latino-americana sempre foi marcado por uma vasta gama de desigualdades e exclusão social, com regimes ditatoriais violentos e autoritários. Assim, dois são os aspectos históricos que se elevam para a criação de um sistema de proteção aos direitos mais básicos do ser humano, quais sejam, os regimes ditatoriais e o período de transição para os regimes democráticos na década de 80, principalmente em países como o Chile, Argentina, Uruguai e Brasil. (Piovesan, 2014, p. 108).

Dessa forma, por ser uma região em que notadamente havia a violação frequente a direitos e garantias fundamentais, a exigência de formas de proteção mais eficientes era percebida de forma latente, o que foi um terreno fértil para o nascimento do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

Como reitera a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, há uma relação indissociável entre democracia, direitos humanos e desenvolvimento. Ao processo de universalização de direitos políticos, em decorrência da instalação de regimes democráticos, deve ser conjugado o processo de universalização dos direitos civis, sociais e culturais, em face do alto grau de exclusão e desigualdade social, que compromete a vigência plena dos direitos humanos na região, sendo fator de instabilidade ao próprio regime democrático. (Piovesan, 2014, p. 108-109).

Assim, em razão de todo esse contexto de desigualdades sociais, violência, segregação e desrespeito aos direitos básicos individuais é que há de ser inserido o sistema interamericano de direitos humanos.

O documento de maior importância dentro do sistema interamericano de direitos humanos é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. O documento surgiu na esfera da Organização dos Estados Americanos, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, tendo entrado em vigor, inicialmente com 11 ratificações, apenas em 18 de julho de 1978. (Ramos, 2014, p. 311-330).



A Convenção Americana de Direitos Humanos enumera um vasto catálogo de direitos civis e políticos, tais como a liberdade de pensamento e expressão, o direito à vida, à privacidade, a liberdade de crença, igualdade perante a lei, proteção judicial, dentre outros. A respeito de direitos sociais, limita-se a encarregar o Estado de sua concretização por meio de políticas públicas ou medidas legislativas, dentre outras que possam auxiliar no alcance progressivo da solidificação desses direitos. (Piovesan, 2014, p. 109).

Por essa lógica, observa-se que os Estados possuem papel de destaque no âmbito da proteção aos direitos humanos, uma vez que cabe a eles respeitar, assegurar e proporcionar o livre gozo desses direitos aos indivíduos que se encontram sob sua jurisdição.

Por fim, ressalta-se que o Pacto de São José da Costa Rica deixa bem claro, logo em seu preâmbulo, que os direitos essenciais da pessoa humana não dependem de nenhuma característica diferenciadora, mas tão somente na natureza de “ser humano”. (Ramos, 2014, 311-330).

Assim, não cabem questionamentos a respeito de quem é digno de ter seus direitos básicos respeitados e assegurados, pois todos que possuem a natureza humana o são. Dessa forma, mesmo o criminoso da pior espécie, que tenha praticado um delito de crueldades desproporcionais, ainda ostenta a natureza inerente de ser humano, e por isso mesmo merece a proteção de seus direitos essenciais. O que não implica dizer ausência de punição, mas sim uma aplicação a teor dos parâmetros nacionais e internacionais de resguardo aos direitos humanos.

5.4 Os “supostos” limites da prisão preventiva na Convenção Americana sobre Direitos Humanos

A Convenção Americana de Direitos Humanos não possui em seu texto nenhuma indicação de limites máximos de duração da prisão preventiva, adotando, assim, a já mencionada “teoria do não prazo” (Nakaharada, 2015, p. 55), ficando a cargo dos Estados-membros a incumbência de delimitar, ou não, a duração das prisões cautelares. Conforme já mencionado, a referida teoria estipula que a situação concreta de cada caso determinará se o prazo razoável foi ou não ultrapassado.

Para avaliar a situação concreta, e determinar se o prazo razoável foi ultrapassado ou não, o SIDH, ou seja, tanto a Comissão quanto a Corte Interamericana, adotou a “teoria dos três critérios”, criada pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem (Nakaharada, 2015, p. 56).



A referida teoria leva em consideração os seguintes critérios de avaliação do caso concreto: a complexidade do caso, o comportamento da parte, e o comportamento das autoridades judiciárias.

Assim, “a complexidade do caso encontra-se intimamente ligada a vários elementos e fatores, mormente à questão probatória”. Em certos casos que possuam uma grande quantidade de provas, ou dificuldades em localizar testemunhas, ou pela complexidade do delito cometido, dentre outros fatores, demanda-se um tempo maior para a conclusão do processo e, conseqüentemente, aumenta-se a tolerância ao prazo de duração da prisão preventiva (Nakaharada, 2015, p. 50).

O comportamento da parte possui dois aspectos, sendo estes o exercício do direito de defesa e o eventual abuso do mesmo exercício do direito de defesa. Logo, deve ser garantida ao acusado a ampla defesa, com todos os instrumentos e prazos necessários a seu exercício. Porém, não se pode admitir o abuso do exercício desse direito por parte do acusado, de modo a protelar o processo. Mas, “mesmo assim, o liame entre o exercício da defesa e o seu abuso é tênue, de modo que não se devem restringir garantias do imputado em nome da celeridade” (Nakaharada, 2015, p. 49).

Por sua vez, o comportamento das autoridades judiciárias diz respeito à “atuação do ente estatal, mormente da autoridade judicial, no transcorrer do processo” (Nakaharada, 2015, p. 50). Segundo esse critério, deficiências estruturais não podem ser usadas como justificativas para dilações indevidas.

A ausência de previsão legal para a duração da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, por si só, não viola a CADH, uma vez que esta se vale da “teoria do não prazo”, devendo ser analisado o caso concreto à luz da “teoria dos três critérios”, para determinar se foi ultrapassado um prazo razoável ou não. Fica a cargo dos Estados-membros a incumbência de delimitar, ou não, a duração das prisões cautelares no âmbito interno.

Outros países membros do SIDH adotaram limites temporais para as prisões cautelares em seus ordenamentos internos. A Argentina adotou o prazo máximo de dois anos para a duração da prisão preventiva, desde que não tenha sido proferida sentença de primeira instância, podendo ser prorrogada por mais um ano em casos mais complexos (Nakaharada, 2015, p. 85). Entretanto, se houver condenação do réu em primeira instância, e for mantida a sua prisão preventiva, esta não estará mais sujeita a qualquer limite temporal.

O Paraguai adotou a pena mínima em abstrato do crime imputado como limite máximo de tempo para a duração da prisão preventiva, desde que não exceda o prazo contido no Código de Processo Penal para o encerramento do processo, nem durar mais de dois anos (Nakaharada, 2015, p. 93).



O Chile, por sua vez, estabeleceu, como prazo máximo para as prisões preventivas, a metade da pena prevista em caso de condenação (Badaró; Lopes Júnior, 2009, p. 98).

Ocorre que a ausência de um limite para a duração da prisão preventiva no âmbito da CADH não afasta a necessidade de sua adoção por parte dos Estados no âmbito de seus respectivos ordenamentos, uma vez que tal ausência gera efeitos que violam os mais diversos direitos e garantias fundamentais do acusado previstos na própria CADH.

O Brasil, ao ratificar a CADH, nos termos de seu art. 1.1, assumiu a obrigação de cumpri-la e de fazer cumpri-la em todo o seu território e por todas as suas instituições, poderes, agentes públicos e cidadãos. Além disso, com fundamento no art. 2.1, assumiu o dever de adotar medidas de direito interno, suficientes à efetividade dos direitos e das liberdades (Giacomolli, 2015, p. 10).

Logo, é imprescindível “para eficácia do direito fundamental, que a lei preveja o prazo máximo de duração da prisão e imponha como consequência automática do excesso, a soltura do réu” (Badaró; Lopes Júnior, 2009, p. 105).

Nesse sentido, também se manifesta Nakaharada:

O processo penal em um Estado Democrático de Direito deve ser pautado pela estrita legalidade, e a manutenção da pessoa em cárcere não pode ficar a critério da subjetividade do aplicador do direito, até mesmo porque a garantia da presunção de inocência demanda que o indivíduo deva ser tratado como inocente durante toda a persecução penal. Daí a necessidade de imposição legislativa de limites legais para a atividade do Estado no exercício de sua pretensão punitiva, principalmente no que se refere à restrição de direitos fundamentais. (Nakaharada, 2015, p. 50).

Ressalta-se que a mera existência de uma previsão legal de prazos máximos para a prisão cautelar não afasta a necessidade de se examinar se esses prazos não são longos demais, devendo-se respeitar um limite razoável (Badaró; Lopes Júnior, 2009, p. 105).

Diante disso, cabe verificar de qual modo os efeitos gerados pela falta de prazos legais para a prisão preventiva violam os direitos e garantias previstos na CADH, um dos principais diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil.

5.5 O Brasil e sua relação com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos

A respeito da incorporação dos tratados internacionais pelos países da América Latina, nota-se que a eles é conferido status elevado, pois adentram nos ordenamentos pátrios como verdadeiras normas constitucionais, adquirindo até mesmo posição de



direitos fundamentais, tal como ocorre no Brasil, que incorpora tratados internacionais de direitos humanos, e os alça à condição de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Já existiram muitas controvérsias sobre a forma como o ordenamento brasileiro recepciona normas provenientes de tratados internacionais. Antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, havia alguns posicionamentos divergentes. (Fernandes, 2011, p. 375-391).

Desde a Constituição Federal de 1988 até a Emenda Constitucional nº 45/2004, o Supremo Tribunal Federal aplicava o posicionamento de que os tratados internacionais teriam natureza de lei ordinária, porém, não havia consenso a esse respeito no plano doutrinário e jurisprudencial, no qual se adotavam vários entendimentos divergentes. Havia quem defendesse a natureza supraconstitucional dos tratados, outros defendiam seu status constitucional, e por fim, o posicionamento isolado do Ministro Sepúlveda Pertence, que advogava a tese de que os tratados internacionais possuíam natureza supralegal, abaixo da Constituição, porém, acima da lei ordinária. (Ramos, 2014, p. 511-529).

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição, o qual estabelece que os tratados internacionais de direitos humanos que ingressarem no ordenamento por meio de aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos e por três quintos dos votos dos ministros, teriam status equivalente às emendas constitucionais. (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017, p. 219-228).

No julgamento sobre a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, resolveu-se a controvérsia existente acerca dos tratados de direitos humanos aprovados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, tendo o STF determinado que tais normas teriam hierarquia supralegal, retomando o entendimento que anteriormente havia sido defendido pelo Ministro Sepúlveda Pertence. (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017, p. 219-228).

Assim, o Recurso Extraordinário nº 466343, publicado em 05 de junho de 2009, foi o responsável por solucionar a divergência existente no Brasil acerca da natureza jurídica das normas provenientes de tratados internacionais de direitos humanos. Antes dessa decisão, o posicionamento que prevalecia no STF era o de que os tratados internacionais de direitos humanos adentravam em nosso ordenamento com o status de normas meramente ordinárias, pois não se podia violar a supremacia da Constituição Federal. (Brasil, 2009, p. 30-41).

Porém, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466343, o Ministro Gilmar Mendes apresentou um voto bastante esclarecedor acerca do tema. Inicialmente,



apontou para o fato de que cada vez mais a ordem constitucional tem se aberto para mecanismos de proteção internacional aos direitos humanos. (Brasil, 2009, p. 30-41).

O Ministro chamou a atenção para o fenômeno do “Estado Constitucional Cooperativo”, tese firmada pelo professor Peter Häberle, segundo a qual os Estados não podem mais estar voltados apenas para si mesmos, mas devem assumir uma postura de disponibilidade uns para com os outros, enfraquecendo os limites existentes entre o interno e o externo. Nesse campo, torna-se prevalente o direito comunitário face ao direito interno, o que confere demasiada relevância aos direitos humanos. (Brasil, 2009, p. 30-41).

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana. (Brasil, 2009, p.15).

O Ministro Gilmar Mendes argumentou que, embora o Pacto de São José da Costa Rica tenha trazido uma evolução acerca da responsabilidade dos Estados frente a violações a tratados internacionais, o Brasil, por sua vez, ainda caminhava a passos lentos, e a razão disso advinha da forma como os tratados eram incorporados no ordenamento. Dessa maneira, era necessária uma mudança na hierarquia desses tratados quando versassem a respeito de direitos humanos. (Brasil, 2009, p. 30-41).

Assim, é trazido à lembrança o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence, que no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785-RJ, na sessão de 29 de março de 2000, manifestou seu entendimento de que relegar os tratados internacionais de direitos humanos à categoria de lei ordinária esvaziaria completamente o seu sentido útil, ainda mais levando em consideração que tais direitos também são direitos fundamentais, que em nossa Constituição possuem o maior de todos os status. (Brasil, 2009, p. 30-41).

Portanto, o Ministro Gilmar Mendes, valendo-se do voto do ano de 2000, trouxe novamente ao STF a possibilidade de conferir às normas provenientes de tratados internacionais de direitos humanos a categoria de normas supralegais, ou seja, estão abaixo da Constituição Federal, porém, acima das leis ordinárias.



Vale a pena mencionar também que os tratados que adentrassem o ordenamento por meio do rito do artigo 5º, parágrafo terceiro da Constituição, seriam equivalentes às emendas constitucionais. (Brasil, 2009, p. 30-41).

Dessa forma, uma vez que, tanto o Pacto de São José da Costa Rica, quanto o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos são anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, seu status em nosso ordenamento é de normas supralegais, ou seja, abaixo da Constituição, porém, acima de normas infraconstitucionais.

Ressalte-se que os tratados incorporados ao ordenamento antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 foram aprovados por maioria tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal, excedendo, inclusive, os três quintos exigidos pelo parágrafo terceiro do artigo 5º, não havendo, porém, a votação em dois turnos, pois tal procedimento sequer existia à época.

Sendo assim, as normas provenientes de tratados internacionais de direitos humanos, ainda que incorporadas antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, possuem natureza jurídica de normas constitucionais, levando em consideração que seu conteúdo material versa exatamente sobre direitos e garantias individuais fundamentais, merecendo o mais alto respeito e proteção na ordem interna jurídica, assim como na comunidade internacional.



6 (Des)semelhanças das Prisões Preventivas de Brasil e Portugal

O presente capítulo se destina a atender à proposta verificação das semelhanças entre a Prisão preventiva no Brasil e em Portugal, almejando a identificação de elementos presentes em ambos os ordenamentos e o destaque daqueles que aproximam, bem mais, o sistema português das exigências internacionais dos Direitos Humanos.

A importância do direito estudo é especialmente refletida porque se dedica a superar as opiniões internas na solução dos problemas encontrados pelo sistema jurídico no tratamento de questões afins. O equívoco está em entendê-lo apenas como uma aproximação factual dos critérios entre casos, critérios ou soluções, enquanto a verdade é que o resultado é um recurso que pode ilustrar uma determinada posição, ao invés de efetivamente baseado em argumentos metodológicos científicos.

E o propósito de compartilhar as experiências e interpretações de diversas nações tem fortalecido a utilização das cortes internacionais e nacionais da análise comparativa, interpretando as normas jurídicas, principalmente aquelas relacionadas aos direitos fundamentais (Freire, 2016, p. 46), de onde se destacam a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Ressalve-se que a equiparação dos institutos, além de metodologicamente possível, é de extrema valia, pois “Dependendo da área e do caso analisado, é mais provável que a invocação seja apropriada quando sistemas jurídicos comparados compartilham aspectos socioculturais, econômicos ou políticos” (Freire, 2016, p. 67), como é o caso de Brasil e Portugal. E também, porque “É, de fato, muito importante considerar, sobretudo quando se busca uma autoridade persuasiva positiva, se o regime político do país de cuja fonte legal ou institucional estamos recorrendo é democrático”, pois, este é o regime mais apropriado a se considerar como produtor de fontes persuasivas positivas (Freire, 2016, p. 64).

A doutrina elenca alguns critérios que devem ser observados para legitimar a metodologia, e através deles a identificação da soluções aos impasses metodológicos. O critério mais consensual é o regime político. “É, de fato, muito importante considerar, sobretudo quando se busca uma autoridade persuasiva positiva, se o regime político do país de cuja fonte legal ou institucional estamos recorrendo é democrático”, pois, este é o regime mais apropriado a se considerar como produtor de fontes persuasivas positivas (Freire, 2016, p. 64).

Por isso, é preciso identificar fontes de países que respeitem os direitos humanos e fortaleçam o Estado Democrático de Direito. As cartas magnas dos países não precisam ser idênticas, mas a intenção democrática deve ser identificável.



Em segundo ponto, devem ser consideradas as características sociais. Isso porque, apesar genuinamente democráticas, algumas nações, nas suas respectivas sociedades e a cultura podem não ser semelhantes às do país consultante. Não se comparam exclusivamente os dispositivos de lei, mas também os sistemas jurídicos, que devem conter a base ideológica comum (Freire, 2016, p. 66-67).

Por fim, no caso da similitude de precedentes judiciais, deve ser levado em consideração os aspectos concretos que justificaram as decisões utilizadas como parâmetros comparativos, ou seja, não só identificar os dispositivos finais, mas também as fundamentações do tribunal e da legislação vigente, sob pena de se incorrer em grave omissão (Freire, 2016, p. 67).

Para tanto, propõe uma análise em três pontos: 1) Principiológica, para que sejam pareados os nortes estruturais dos dois sistemas; 2) Legislativa, onde serão investigados alguns dos mais relevantes artigos da Constituição portuguesa e do Código de Processo Penal Português para o trabalho; e 3) Do caso concreto, analisando a estipulação de prazos ou condições para o término da situação de prisão preventiva.

6.1 A principiologia da prisão preventiva em Portugal

Relacionado aos objetivos centrais do sistema processual vigente, existem determinados princípios que norteiam toda a fase processual e de execução. Desse modo, tem-se que essa relação entre retribuição e reinserção social ergue-se sobre os seguintes princípios: intranscendência da pena, legalidade, humanidade, inderrogabilidade, individualização e proporcionalidade. Tais princípios são vertentes do valor-fonte que norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro, o da dignidade da pessoa humana.

Por uma questão didática, serão abordados os princípios coincidentes com os explanados nos itens anteriores do trabalho, a saber da Jurisdicionalidade – aqui comparado com o Princípio da Liberdade⁴⁹ -, da Presunção de Inocência e da Dignidade da Pessoa Humana.

O princípio da liberdade é inerente à pessoa humana, pois é um direito natural. Assim, e salvo as exceções que a própria Constituição portuguesa prevê, a privação de liberdade depende de decisão judicial que respeite os princípios da legalidade, tipicidade e irretroatividade da lei penal⁵⁰.

⁴⁹ A comparação se dá porque o Princípio da Jurisdicionalidade do ordenamento brasileiro, além de garantir atuação imparcial, natural e comprometida por parte da autoridade judicial, proporciona eficácia máxima na aplicação de normas constitucionais e o referido princípio possui base também nos arts. 7º.3 e 8º.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que garantem, respectivamente, que “ninguém será submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”. E a correspondência que mais próxima se deu com o Princípio da Liberdade no ordenamento português.

⁵⁰ Arts. 27º, 29º e 33º da CRP.



No ordenamento português, o Direito à Liberdade é contemplado no art. 27º, da CRP, a par do direito à segurança, traduzindo que:

“os termos liberdade e segurança neste contexto devem ser lidos em conjunto, enquanto formam um todo, devendo o direito à segurança ser entendido de modo estritamente associado à liberdade, enquanto contém a garantia de que o indivíduo só poderá ver a sua liberdade limitada nos casos e com as garantias que a Constituição admite” (Medeiros; Miranda, 2010, p. 640).

Usualmente, setoriza o postulado nos seguintes direitos: “a) direito de não ser detido ou preso pelas autoridades públicas, salvo nos casos e termos previstos neste artigo; b) direito de não ser aprisionado ou fisicamente impedido ou constrangido por parte de outrem; c) direito à proteção do Estado contra os atentados de outrem à própria liberdade” (Canotilho, 2007, p. 478).

Em averiguação ao direito à liberdade, merece destaque o trecho referente ao acesso ao direito e aos tribunais, estabelecido no art. 20º, da Constituição Portuguesa, representando a garantia de defesa dos cidadãos relativamente aos seus direitos e interesses protegidos através de um processo jurisdicional equitativo e regularmente instaurado, não sendo aceites juízos ou tribunais de exceção.

O postulado constitui, inegavelmente, uma garantia jurídica de Direitos Fundamentais, sendo aqui encarado como um “princípio da exigência de culpa formada, como pressuposto da validade da prisão preventiva” (Vilela, 2000, p. 30).

Isso porque, o art. 27º, 2, da Constituição de Portugal⁵¹, também prevê que:

“Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial da medida de segurança”, quer isto dizer que, só poderá haver lugar à privação da liberdade caso estejamos perante uma sentença condenatória uma vez que “este é o meio constitucionalmente adequado através do qual é legítimo decidir-se a privação da liberdade de qualquer indivíduo desde que este tenha praticado um ato previamente punido pela lei com pena de prisão”

Coincidindo com a presente pesquisa, dentre as exceções à liberdade individual com previsão na Carta Magna portuguesa, está a Prisão Preventiva, através da qual o indivíduo terá sua liberdade cerceada para acautelar aquele que apresente risco de se evadir para não sofrer as punições da justiça, que prejudique a produção de provas, e para que não volte a delinquir, ofendendo assim a ordem pública.

Já em relação à presunção de inocência, merece destaque a sua ligação significativa com os princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana,



exatamente os outros abordados na pesquisa. Isso porque, ele representa uma garantia jurídica de direitos fundamentais, como é o caso do supra referido direito à liberdade, sendo aqui referenciado como um “princípio da exigência de culpa formada, como pressuposto da validade da prisão preventiva” (Vilela, 2000, p. 30).

No sistema europeu, o qual Portugal é integrante, “A condenação penal, a pena criminal, é castigo destinado a resgatar a culpa do delinquente pelo que é de todo inaceitável a condenação sem certeza moral da culpabilidade a redimir; é inaceitável que, uma sociedade em que o valor primeiro é a pessoa humana, a condenação penal não tenha por fundamento a certeza da culpa do condenado e possa servir como simples instrumento de intimidação.” (Silva, 2008, p. 82).

Em matéria constitucional portuguesa, encontra previsão no art. 32º, nº 2, da Constituição Portuguesa e demanda o tratamento do réu como inocente até ao momento da definição da sentença condenatória. E é exatamente através disso que se deslegitima a aplicação de medidas de coação como antecipação da pena com base na rotulagem do arguido como culpado⁵². Corroborando esse pensamento, preleciona Ana Paula Guimarães (2013, p. 60):

O sistema jurídico-processual-criminal está estreitamente vinculado à Constituição. A apertada ligação daquele a esta tem um duplo fundamento. Em primeiro lugar, a Constituição determina os princípios materiais do processo penal que presidem às várias fases processuais até à decisão final transitada em julgado, compreendendo garantias de defesa, princípio do contraditório, da presunção da inocência, da judicialização da instrução, do acusatório, do juiz legal, da nulidade da prova, direito ao recurso, direito a escolha e assistência de defensor.

Na seara infraconstitucional, o ordenamento português prevê o princípio da presunção de inocência no art. 191, nº 1, do Código de Processo Penal Português, de forma que “a liberdade das pessoas só pode ser limitada total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coação e de garantia patrimonial previstas na lei”.

Noutra banda, Gomes Canotilho e Vital Moreira, lecionam que o princípio da presunção de inocência é responsável pela “proibição de antecipação de medidas de investigação e cautelares [...] e proibição de suspeitas sobre a culpabilidade”.

E complementam (Medeiros; Miranda, 2007, p. 518):

“o princípio da presunção de inocência surge articulado com o tradicional princípio *in dubio pro reo*. Além de ser uma garantia subjetiva, o princípio é também uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de

⁵² Essa situação foi retratada nos capítulos anteriores quando se utilizou do etiquetamento social como consequência da utilização banalizada da prisão preventiva no Brasil.



forma favorável ao réu, quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa”.

Nesse pensar, a Constituição de Portugal, recepcionou o princípio após um regime político autoritário como direito fundamental, sem esquecer da celeridade processual, mas garantindo – assim como no Brasil – o dever de tratamento como inocente sob os aspectos endógenos e exógenos, para dentro e fora do processo, respectivamente. Ainda como aproximação, é de se considerar que a aproximação histórica, também corrobora as obrigações advindas dos tratados internacionais em relação ao princípio.

O Conselho Constitucional do país entendeu que o princípio da Presunção de Inocência está umbilicalmente relacionado com a Legalidade do Processo Penal, pela aplicação do *in dubio pro reo* e à proibição de se estabelecerem leis de fomento ao princípio da presunção de culpa.

Tais fatos são condicionantes do Estado de Direito pautado na segurança jurídica, advindos da mesma influência europeia que inspirou Brasil e Portugal a introduzir o princípio como Direito Fundamental em suas respectivas constituições.

Isso porque:

As duas Constituições são marcadas pelo resgate do regime democrático, diante dos traumas institucionais causados pelo períodos ditatoriais que as antecederam. Embora com perfis peculiares as ditaduras – a de Portugal, caracterizada basicamente pelo nacionalismo, moralismo religioso exacerbado e defesa do colonialismo, e a do Brasil marcada pelo combate à pseudo subversão comunista, pelo militarismo e comprometida com o capitalismo – que se instalaram nos dois países tinham no autoritarismo e no conseqüente reducionismos dos direitos individuais as suas marcas mais expressivas (Carvalho, 2009, p. 55).

Daí entender a constante preocupação de ambas as constituintes de fazer incluir exaustivamente garantias processuais para assegurar a máxima efetividade possível dos direitos fundamentais.

A presunção da inocência exige um tratamento processual, transversal a todas as fases, assente no estatuto de inocente do arguido, vedando-se qualquer antecipação da pena. A “liberdade pessoal do arguido inspira-se na presunção de inocência” (Vilela, 2000, p. 58).

É este princípio que está na base da finalidade meramente cautelar da aplicação das medidas de coação, e, portanto, com limites temporais precisos, não podendo estas “configurar a função da sanção que se aplica a alguém cuja responsabilidade penal já se encontra provada.” (Gaspar, 2008, p. 264).

Por isso entender que o princípio “há de assentar na ideia-força de que o processo penal deve assegurar todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente e



não há razão para não considerar inocente quem não foi ainda solene e publicamente julgado culpado por sentença transitada.” (Silva, 2008, p. 82).

Nessa perspectiva, o ordenamento português tem compreendido o princípio da presunção da inocência “extensivamente compreendido fora do processo, impondo que nenhuma autoridade do Estado, qualquer que seja a circunstância, declare, considere ou sugira uma pessoa como culpada antes que a culpabilidade esteja legalmente estabelecida”.

Já quanto ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, constitucionalmente, desde 1933 a nação portuguesa expressa a preocupação com a garantia da dignidade humana. Naquela Carta Magna, o art. 6º, nº 3, era responsável por garantir que o Estado deveria "zelar pela melhoria das condições de vida das classes sociais mais desfavorecidas".

Contudo, somente na Constituição de 1976 é perceptível uma unidade semântica e prática no sistema de direitos fundamentais, reverenciando principalmente a dignidade da pessoa humana, fazendo da própria pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Hodiernamente, entende-se a dignidade sob uma perspectiva axiológica fundamental (Gouveia, 2007, p. 270) e limite excepcional do poder constituinte, como uma característica essencial da pessoa, que deixa ser um objeto e passa a ser o sujeito da relação. Como bem assevera Ana Paula Guimarães (2013, p. 57), não se trata de mera criação normativa, mas de um elemento intrínseco à qualidade de pessoa humana e, portanto, pré-existente a toda e qualquer estrutura ou modelo de Estado.

Por isso, outros postulados derivam da dignidade da pessoa humana, pois intimamente interligada com a proteção dos Direitos Humanos, tais como a razoável duração do processo. Por isso, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos - CEDH, de 1950, estabelece que:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela (art.6º, n.º1, CEDH, 1950).

Ainda, segundo Bitencourt (2018, p. 66), a dignidade da pessoa humana é o valor-fonte que norteia todos os demais direitos e princípios assegurados no bojo da Constituição. Tal princípio faz alusão à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente.

Também merece destaque o que leciona Ana Paula Guimarães (2013, p. 49), quando trata da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição portuguesa:



O princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no art. 1º da Constituição da República Portuguesa surge como uma força espiritual galvanizadora dos demais princípios e normas constitucionais, como estruturante do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e do Estado de Direito, como uma referência unificadora dos chamados direitos humanos.

E complementa que, o sistema processual penal português tem um compromisso inalienável com a dignidade da pessoa humana por ser o fundamento último da Constituição e do princípio estruturante do Estado de direito democrático (Guimarães, 2013, p. 49).

Diante de tais esclarecimentos, é possível perceber que entre a principiologia brasileira e portuguesa acerca do processo penal e, em especial, das prisões cautelares, há uma identidade. Seja por atenção à previsão constitucional garantista, seja pela sujeição às normas internacionais de Direitos Humanos.

Certo é que não há, em matéria de fontes do direito, motivos para a interpretação distinta dos mesmos institutos. Pelo contrário, no item seguinte, será demonstrado que o texto normativo é notadamente parecido, em que pese o texto português ser mais organizado e sistematicamente dividido entre a Constituição Portuguesa e o Código de Processo Penal.

Por tal razão, torna-se possível e de extrema valia o exercício metodológico proposto, para que almejar a hipótese proposta na pesquisa.

6.2 A prisão preventiva no ordenamento jurídico português

A previsão constitucional da prisão preventiva no sistema português pode ser considerada como referência no âmbito do direito processual penal, pois reflete um conjunto de preocupações comuns, sendo também idêntica à natureza desta medida.

Isso porque, o Código de Processo Penal português almeja atender aos ditames da Carta Magna, para garantir o respeito aos direitos e garantias fundamentais, como relembra a Professora Ana Paula Guimarães (2013, p. 61):

Dotado de conteúdo apto a promover o respeito pelo livre desenvolvimento da pessoa e os princípios do Estado de direito democrático, o nosso Código de Processo Penal tem vindo a ser enaltecido por grande parte dos doutrinadores, tanto nacionais, como estrangeiros, sendo que a sua estrutura e opções essenciais correspondem ao modelo que a Constituição da República impõe.



Por isso, a utilização da prisão preventiva prevista no ordenamento português é um excelente exemplo a ser seguido em países que enfrentam a problemática que o Brasil tem se deparado - a banalização da prisão cautelar – como já retratado alhures.

Não se trata de um discurso abolicionista da cautelar penal, mas de uma exigência de consonância do ordenamento processual penal com a Constituição Federal, pois, embora as consequências da prisão preventiva sejam lesivas para o agente e conflitem com direitos, liberdades e garantias, a sua implementação não se baseia nos mesmos pressupostos das penas ou para o mesmo fim. O agente pode nem mesmo ser acusado de crime, mas sua prisão pode ser essencial para todo o processo e investigação criminal.

As áreas de tensão contidas na prisão preventiva estão relacionadas ao fato de que vários conflitos de interesses estão concentrados. Vislumbra-se a rendição dos interesses pessoais aos interesses públicos, ou pelo menos à política criminal. O direito à liberdade, baseado na presunção de inocência, concede privilégios a todos aqueles que ainda não foram condenados por uma condenação definitiva, enquanto o direito à liberdade deve ser protegido criando condições para o seu funcionamento normal.

Por isso, a prisão preventiva tem, essencialmente, significados e expressões que devem ser utilizados com cautela e rigor, e sob a orientação de princípios, baseados em pressupostos importantes e restrições quantitativas, são impostas restrições à sua aplicação.

É nesse pensamento que o artigo 27, itens 1 a 5 da Constituição da República portuguesa prevê os desdobramentos do direito à liberdade, envolvendo sinergicamente os proibitivos de prisão ilegal, dentre elas o da prisão preventiva.

A realidade é que o direito à liberdade é tutelado em conjunto com o direito à segurança e, apesar de não haver previsão específica à liberdade de locomoção, é possível se concluir tratar do direito de ir e vir. Por consequência óbvia, é o mesmo direito de não ser detido, preso ou cerceado do citado direito (Canotilho; Moreira, 2007, p. 478).

Por isso, independentemente do limite de tempo (ou da ausência dele) permitido por cada sistema jurídico durante a prisão preventiva, o procedimento, sem dúvida, é sempre regido por uma série de princípios e regras que lhes conferem um caráter extraordinário. Em ambos, a prisão é a *ultima ratio*.

Destacando o ponto 2 do mesmo artigo 27, tem-se que “ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”. É o reflexo da proteção não do direito à liberdade de locomoção e, assim como no Brasil, um reflexo do princípio da presunção de inocência,



reiterando que de modo que somente após condenação definitiva é possível a prisão do réu ou do investigado.

Da mesma forma como deveria ser feito no Brasil, é de ser descartada a utilização do instituto como antecipação da pena, que será aplicada ao fim do processo em caso de condenação. Isso porque, em ambos os casos, a natureza jurídica de medidas coercitivas cautelares não é punitiva, e a sua aplicação corresponde ao momento em que há apenas notícia do crime e o agente é acusado de cometer o crime sem esgotar todas as defesas ou apurar todas as provas.

Corroborando esse pensar, o artigo 32º, 1 e 2, da carta magna portuguesa:

Artigo 32.º

Garantias de processo criminal

1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.
2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

Também em conformidade com o sistema brasileiro, porém de forma mais clara e objetiva, a Constituição portuguesa elenca as hipóteses em que essa regra pode ser flexibilizada. A propósito, o art. 27º, 3:

3. Excetua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:
 - a) Detenção em flagrante delito;
 - b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;
 - c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;
 - d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;
 - e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;
 - f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;
 - g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;
 - h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.



Por outro lado, a Constituição brasileira, no art. 5º, LXI, é mais genérica, o que permite a interpretação subjetiva e, na maioria das vezes, prejudicial ao réu ou investigado:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Esse texto é complementado pelo art. 283 do Código de Processo Penal brasileiro:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

No contexto de proteção à liberdade, a Constituição portuguesa, no item 3 do artigo 27º, retrata a mais relevante das previsões constitucionais de cabimento da prisão preventiva e a detenção fora de flagrante delito. Trata-se da alínea b), que exige para o encarceramento prévio “fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos”.

No Brasil, tal encargo foi direcionado ao Código de Processo Penal, que em seu art. 313, elenca as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, sendo uma delas comparável ao instituto. A propósito:

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

- I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
- II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
- III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

O objetivo dessas medidas está principalmente relacionado com a boa gestão judicial, e o objetivo é evitar obstáculos ao desenvolvimento normal dos procedimentos. Por isso, a Constituição portuguesa regulamenta a prisão preventiva, tornando-a excepcional e provisória, conforme o art. 28:

Artigo 28.º

Prisão preventiva

1. A detenção será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de



coação adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa.

2. A prisão preventiva tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei.

3. A decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade deve ser logo comunicada a parente ou pessoa da confiança do detido, por este indicados.

4. A prisão preventiva está sujeita aos prazos estabelecidos na lei.

Disposições similares se encontram dispostas no Código de Processo Penal brasileiro (arts. 310, 306 e 282, §6º):

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: [...]

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§6º - A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Fora as citadas disposições da Constituição portuguesa, o Código de Processo Penal português é responsável pela regulamentação dos procedimentos *in concreto* da cautelar.

Por derradeiro, com previsão expressa nos artigos 215º e seguintes, são fixados o prazo de duração – que é o principal foco da investigação – e complementa serem relevantes “a prática de determinados actos processuais, a gravidade dos crimes imputados, a excepcional complexidade do procedimento, a interposição de recurso para o Tribunal Constitucional e a suspensão para julgamento de questão prejudicial” (Silva, 2011, p. 413). Vale citar⁵³:

Artigo 215.º

Prazos de duração máxima da prisão preventiva

1 - A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido:

⁵³ Tais prazos tem previsão legal de serem majorados, respectivamente, para seis meses, dez meses, dezoito meses e 24 meses, para crimes com pena máxima cominada em abstrato superior a oito anos de reclusão. Além disso, o item 2 do artigo ainda enumera outros crimes passíveis de tal mudança no cômputo do prazo. Os casos que envolvam terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada; ou os casos de associação criminosa (art. 299º, CP); ou os crimes que envolvam manipulação de meios de prova de interesse nacional (art. 318º, 1, CP); ou crimes de infidelidade diplomática (art. 319º, CP); ou crimes de incitamento à guerra civil ou à alteração violenta do Estado de Direito (art. 326º, CP); ou crimes que envolvam a destruição, alteração ou subversão pela violência o Estado de Direito constitucionalmente estabelecido (art. 331º, CP); ou crimes de coação contra órgãos nacionais (art. 333º, 1, CP); e ainda crimes de natureza militar (arts. 30º, 79º e 80º do Código de Justiça Militar).



- a) Quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação;
- b) Oito meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória;
- c) Um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em 1.^a instância;
- d) Um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado.

Lembrando que os prazos supracitados podem incidir em um regime especial para determinados crimes, de modo a sofrerem um aumento, respectivamente, para um ano, um ano e quatro meses, dois anos e seis meses e três anos e quatro meses quando evidenciada a “excepcional complexidade”, comumente identificada pelo elevado número de imputados, ou o caráter “altamente organizado” do crime.

Nesse ponto, impossível a identificação de um artigo da Constituição Federal brasileira ou do Código de Processo Penal brasileiro, pois não há previsão no ordenamento jurídico brasileiro que limite o lapso temporal de duração da prisão preventiva, já que adotada a teoria do não-prazo⁵⁴. Essa omissão, que é o ponto central da investigação será objeto do próximo item.

6.3 A fixação de prazo máximo da prisão preventiva como garantia da eficácia dos Princípios Constitucionais e dos Direitos Humanos

No processo penal português não há hipótese de prisão preventiva por tempo indeterminado, isso é incontestável. Nem mesmo que se considere o mais grave dos crimes ou a mais complexa das instruções processuais.

Isso se dá por atenção aos postulados constitucionais exarados nos itens anteriores e em atenção aos tratados internacionais que preconizam os Direitos Humanos, salvaguardando o cidadão de condutas autoritárias do poder público que ensejariam a antecipação de punição do coagido.

Essa preocupação com a questão dos prazos se estende e, como previsto no art. 213º, nº 1 al. a) do Código de Processo Penal Português, além da atenção ao prazo máximo de duração, o magistrado deve proceder oficiosamente ao reexame dos pressupostos que levaram à aplicação da prisão preventiva, de três em três meses, sendo que, nos termos do nº 2 do citado preceito, no despacho em que se decide manter, substituir ou revogar a prisão preventiva, o juiz pode ainda verificar os fundamentos da elevação dos prazos máximos dessa medida.

⁵⁴ Sobre a teoria do não-prazo, explica a doutrina: “Mas o fato é que não deve ser fixado, em abstrato, um prazo máximo a ser obedecido em todos os processos. A multiplicidade de procedimentos e a diversidade de pretensões inviabilizariam qualquer tentativa nesse sentido. Assim como no direito moderno muito se pugna pela criação de procedimentos flexíveis e adaptáveis às necessidades do direito material, a garantia da duração razoável impõe que sua análise seja balizada nas peculiaridades do caso concreto.”. (Ramos, 2008. p. 90.).



Aos críticos da exigência de fixação de um prazo máximo à prisão preventiva, a introdução do § único no artigo 316 do Código de Processo Penal Brasileiro, por vias da Lei nº 13.964/2019⁵⁵ surge como um afago aos garantistas.

Com efeito, o novo dispositivo determina ao magistrado que decretou a cautelar revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. Diz o art. 316, § único do Código de Processo Penal brasileiro que “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.”.

O problema é que o aparentemente lógico, perde o *status* de garantia constitucional, quando os Tribunais Superiores “interpretam” a norma para flexibilizar o prazo⁵⁶:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. POSSÍVEL LÍDER DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DE REAVALIAR A PRISÃO CAUTELAR A CADA 90 DIAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. PRAZO NÃO PEREMPTÓRIO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INDEFERIDO PLEITO LIMINAR NO WRIT ORIGINÁRIO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE NOS TERMOS DA SÚMULA 691/STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. RECOMENDAÇÃO. 1. Firme o entendimento desta Corte Superior no sentido de não caber habeas corpus contra decisão que indefere liminar, a menos que fique demonstrada flagrante ilegalidade, nos termos do enunciado 691 da Súmula do STF. 2. Não sendo possível a verificação, de plano, de qualquer ilegalidade na decisão recorrida, deve-se aguardar a manifestação de mérito do Tribunal de origem, sob pena de se incorrer em supressão de instância e em patente desprestígio às instâncias ordinárias. 3. De todo modo, com o fim de assegurar que a prisão não se estenda por período superior ao necessário, configurando verdadeiro cumprimento antecipado da pena, a alteração promovida pela Lei nº 13.964/19 ao art. 316 do Código Penal estabeleceu que o magistrado revisará a cada 90 dias a necessidade da manutenção da prisão, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal. 4. Necessário, porém, assim como se deve proceder em relação a um ocasional excesso de prazo na formação da culpa, considerar que para o reconhecimento de eventual constrangimento ilegal pela demora no reexame obrigatório da custódia cautelar, exige-se uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional. **5. Ora, é certo que em respeito ao princípio da dignidade humana, bem como ao da presunção de não culpabilidade, o reexame da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva deve ser realizado a cada 90 dias, nos termos da novel norma processual. Contudo, não se trata de termo peremptório, isto é, eventual atraso na execução deste ato não implica automático reconhecimento da ilegalidade da prisão, tampouco a imediata colocação do custodiado cautelar em liberdade.** 6. Agravo regimental não provido. Recomenda-se, entretanto, ao Juízo processante,

⁵⁵ (Brasil, 2019).

⁵⁶ (Brasil, 2020).



que revise, imediatamente, a necessidade da manutenção da prisão, nos termos do que determina o art. 316 do Código de Processo Penal, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019. (STJ - AgRg no HC: 577645 MA 2020/0100444-7, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 26/05/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2020). [grifo nosso]

O iminente relator, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, diante da situação em que a prisão preventiva do paciente já durava mais que os 90 (noventa) dias, sem que houvesse qualquer fundamento para a continuidade, sem que houvesse a revisão obrigatória dos fundamentos, decidiu por bem mantê-lo ergastulado porque “eventual atraso na execução deste ato não implica automático reconhecimento da ilegalidade da prisão”.

O questionamento que emana é: se o descumprimento do prazo de revisão da decisão não implica na ilegalidade dela, qual a consequência do ato? Ou pior, qual a *mens legis* do art. 316, § único, se não a obrigação do magistrado de fazer a revisão para evitar a postergação de uma prisão desnecessária?

De mais a mais, a criação deste prazo fictício não redundaria na estipulação do lapso temporal máximo da prisão preventiva, pois, caso o magistrado opere em diligência, revisando as decisões que prolatou em desfavor da liberdades dos encarcerados, estes últimos poderão permanecer por tempo indeterminado com suas liberdades cerceadas.

O que ocorre na realidade brasileira é o retratado nos julgados abaixo⁵⁷:

APELAÇÃO CRIMINAL - LESÃO CORPORAL LEVE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. - DOSIMETRIA DA PENA. - DECOTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - PENA REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL - DETRAÇÃO - PENA INTEGRALMENTE CUMPRIDA EM PRISÃO PREVENTIVA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. - ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. - IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. Verificada a exacerbação do juízo sentenciante quando da análise das circunstâncias judiciais, a reestruturação da pena é medida que se impõe. **Tendo o apelante cumprido todo o tempo da pena imposta, em prisão preventiva, deve ser declarada extinta sua punibilidade.** De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o réu, mesmo sendo beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais. Recurso conhecido e provido, em parte. (TJ-PI - APR: 00005776020138180061 PI, Relator: Desa. Eulália Maria Pinheiro, Data de Julgamento: 22/11/2017, 2ª Câmara Especializada Criminal). [grifo nosso]

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA. PENA INTEGRALMENTE CUMPRIDA. PENDÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA IMPOSIÇÃO DA PRISÃO APENAS COM FUNDAMENTO EM EVENTUAL MAJORAÇÃO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. LIMINAR

⁵⁷ (Brasil, 2017) e (Brasil, 2018).



RATIFICADA E ORDEM CONCEDIDA. - A pendência de julgamento do recurso especial não pode ser o único fundamento para a imposição da segregação cautelar, sobretudo ao se considerar que **a pena até então imposta, fixada por ocasião do julgamento da apelação, já foi integralmente cumprida pelo paciente, durante o tempo de prisão provisória.** (TJ-MG - HC: 10000180269151000 MG, Relator: Nelson Missias de Moraes, Data de Julgamento: 03/05/2018, Data de Publicação: 14/05/2018) [grifo nosso]

Note-se que em ambos os casos - que não são incomuns – há certa naturalidade no julgamento que reconhece o cumprimento integral da pena em prisão provisória. No primeiro, o reconhecimento se deu através do recurso de apelação criminal, método ordinário de impugnação das sentenças condenatórias. No entanto, no segundo caso, a liberdade do réu só adveio de *Habeas Corpus*, pois, nem mesmo o julgamento da apelação, oportunidade em que o coagido já havia cumprido sua pena integralmente, o juízo colegiado reconheceu o seu direito de liberdade.

Oxalá no ordenamento jurídico brasileiro houvesse a previsão de cabimento do remédio heróico para quanto se mantivessem as prisões para além dos prazos fixados por lei ou decisão judicial (vide art. 222.º, n.º 2, do Código de Processo Penal Português).

Em verdade, o Estado brasileiro, com o seu poder, quer exercer a punibilidade e afastar o acusado da sociedade através da medida cautelar de prisão preventiva, atacando as garantias do cidadão com uma prisão sem um prazo legal definido cerceando seu direito à liberdade, tornando-se um meio ilegal de encarceramento, ofendendo, pois, princípio da presunção de inocência, o princípio da dignidade da pessoa humana, e da liberdade.

Tomando destaque, no título de Direitos e Garantias Fundamentais, sendo uma cláusula pétrea que deve ser respeitada, através dela é garantido a liberdade, o acesso à verdade e principalmente a defesa do cidadão, para que não venha ocorrer nenhuma impunidade ou abuso, conforme cita Ferrajoli (2002, p.41), "Basta ao corpo social que os culpados sejam geralmente punidos, pois é seu maior interesse que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos".

O que se assemelha é o esquecimento coletivo por parte do judiciário brasileiro do que preconiza Minagé (2017, p. 97):

o acusado presumido inocente, é um sujeito de direito a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado e assegurando-lhe, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a [mal] dita descoberta da verdade.



Vale ressaltar, que o Supremo Tribunal Federal tem oscilado entre a permissão e a proibição da utilização da prisão preventiva como antecipação da pena. As Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e, especialmente a 54,⁵⁸ foram ajuizadas pelo PEN - Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), o Conselho Federal da OAB e o PCdoB - Partido Comunista do Brasil, com o objetivo de examinar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, que prevê, entre as condições para a prisão, o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Após a Constituição de 1988 estabelecer que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", o Pretório Excelso, em 2009, havia decidido que era inconstitucional a execução antecipada da pena. Naquela oportunidade, o Habeas Corpus 84.078⁵⁹ contrariava decisão que havia negado um pedido para permitir a um condenado pelo TJ/MG que recorresse em liberdade.

Já em fevereiro de 2016, num dos mais enigmáticos Habeas Corpus já julgados pela Suprema Corte Brasileira (126.292⁶⁰), contudo, com composição diversa, o plenário alterou a jurisprudência afirmando ser possível a prisão após 2ª instância.

Por fim, no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade nº 54, retornou-se ao posicionamento de 2009, vedando a possibilidade de manutenção da prisão preventiva após a confirmação da condenação em 2º grau, ainda que pendentes de julgamento os recursos especial e extraordinário.

O ponto de absoluta afronta aos princípios constitucionais e aos Direitos Humanos é que, em se permitindo a utilização da prisão preventiva como início do cumprimento da pena, a natureza jurídica de medida cautelar se esvai completamente, restando naquele instituto exatamente o que se combate no processo penal moderno: a utilização da prisão cautelar como antecipação da pena, por ofensa à presunção de inocência, à dignidade da pessoa humana e ao direito à liberdade.

Denota-se que, caso houvesse a fixação prévia do prazo máximo da prisão preventiva, essa discussão sequer alcançaria a corte suprema, e as sucessivas mudanças, geradoras de insegurança jurídica, seriam evitadas.

O maior incômodo aos que pregam por evidenciar o garantismo em frente aos tempos de banalização da prisão preventiva, é a hipocrisia de se reafirmar o cumprimento às garantias fundamentais, de assumir compromisso internacionais em prol dos Direitos Humanos, e em contrapartida, os tribunais pátrios permanecerem

⁵⁸ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54*. Distrito Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁵⁹ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54*. Minas Gerais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>

⁶⁰ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 126.292*. São Paulo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.



mantendo encarcerados os cidadãos que até mesmo sua pena integral já cumpriram em sede de prisão provisória.

E é inarredável a conclusão que a prisão preventiva permanece como um instrumento de segregação social, e a falta de interesse do Estado brasileiro de produzir meios, como a simples fixação do prazo máximo de prisão preventiva, de fazer cessar tamanho sangramento social, revela o interesse de manutenção desse método de violação constantes de garantias fundamentais e Direitos Humanos.



7 CONCLUSÃO

Em tempos de preservação da vida ante um dos maiores males que a comunidade internacional vive nas últimas décadas, repensar os Direitos Humanos a partir de estruturas constitucionais formadas em nações de regimes democráticos, pode aparentar desimportante.

No entanto, a pandemia há de passar, o vírus há de ser combatido, mas as prisões não cessarão. Pelo contrário, a tendência de encarceramento em massa permanece, e o objeto de proteção aos Direitos Humanos foi desviado para a sobrevivência humana diante da COVID-19.

Daí repisar a necessidade de se avaliar o sistema processual penal de cada país e de se utilizar das fontes internacionais, especialmente daquelas que se assemelham a própria realidade do escolhido para a investigação.

No Brasil, o discurso comum dos dias atuais é de “ditadura do Judiciário”, uma pregação de autossuficiência de apenas um dos três poderes consagrados na Constituição Federal, mas, de longe, o mais austero e legitimado deles perante a sociedade.

Perdeu-se, pois, o sentimento de representatividade daqueles que são eleitos. Perdeu-se a vontade de exigir do legislativo aquilo que lhes é obrigação. Passou-se a esperar do Poder Judiciário a cura para todos os males, e outorgar-lhes o poder da palavra final perante a sociedade.

Tal conduta gera um risco que tem se concretizado dia após dia na vida daqueles que dependem da interpretação mais favorável da norma, ainda que essa norma se trate de uma cláusula pétrea, de um direito ou garantia fundamental.

Exigir respeito pelos Direitos Humanos tornou-se um encargo daqueles que tem coragem de se exhibir, ainda que o cumprimento deles seja a única saída para se recuperar a liberdade (e a dignidade) de um ente querido, quando não de si mesmo.

É preciso questionar a inexistência de balizas concretas e objetivas para aquela que é a mais forte das armas de coação e segregação do Estado brasileiro, a prisão. E mais, exigir que suas múltiplas naturezas jurídicas sejam reconhecidas e diferenciadas. Prisão pena e prisão cautelar não são, e nunca foram a mesma coisa, quando se trata de nações em regime democrático de direito.

Nesse contexto, a busca por outro sistema normativo, que muito se assemelha ao brasileiro, para que se exerça a citada reavaliação do nosso próprio processo penal é uma tarefa árdua, porém recompensante.



Grata busca, porque reforça os ideais de afastar teorias nocivas, como o Direito Penal do Inimigo, que ciclo após ciclo é inoculado na sociedade e emerge como um câncer, legitimando condutas desumanas e radicais.

E mais, não é almejando a vida na Lua, em Marte ou qualquer outro planeta que se pensa a cura desses nefastos vírus sociais, é através de medidas concretas e da digna exigência aos nossos três poderes de políticas públicas eficazes.

Por tais razões, discutir processo penal, acaba-se voltando a discutir a prisão. Quando, como, onde e por quanto tempo. E o presente trabalho, que abordou o último desses aspectos foi capaz de identificar que o sistema processual penal de Portugal, que reconhece os mesmos princípios, em que a legislação processual penal, apesar de mais organizada, tem a mesma *mens legis*, e onde a cultura ocidental é um ponto de aproximação das duas nações, deve ser um espelho para o Brasil, especialmente no que tange à regulamentação da prisão preventiva e sua duração.

Inviável é aguardar o amanhã, com um novo posicionamento da Corte Suprema que discute, reiteradas vezes, se a prisão preventiva pode ou não servir de antecipação da pena.

Igualmente, o que não se pode mais cogitar é um discurso vazio de garantia de presunção de inocência, liberdade e dignidade da pessoa humana, enquanto a todos os dias estão sendo impetrados *habeas corpus* para se verem libertos aqueles que já cumpriram toda a sua eventual pena, caso condenados, em sede de prisão provisória.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Org) – *Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de – *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ARENDT, Hannah – *A condição humana*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2007.

ATIENZA, Manuel – *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2000.

ÁVILA, Humberto – *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; Lopes Júnior, Aury – *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. Ed. Sem. E atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____ - *Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____ - *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018

BARATTA, Alessandro – *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3º ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____ - *Funciones instrumentales e simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*. Pena y Estado. Barcelona, ano 1, n. 1, p. 35-37, sep./dic. 1991.

BARROSO, Luis Roberto – *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª Edição. 2008. São Paulo.

_____ - *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto – *Aqui, lá, e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*. Revista dos Tribunais; 2012, 919, pp. 127-196.



BATISTA, Nilo – *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. In: *O princípio da legalidade*. 12 ed. Rio de Janeiro Revan, 2011.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro – *Direito Penal Brasileiro – Teoria Geral*. 4º ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

BECCARIA, Cesare – *Dos Delitos e das Penas*. 3ª Edição. 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BECHARA, Fábio Ramazzini – *Prisão Cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BECKER, HOWARD S. *Outsiders – Estudos de Sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENTO, Ricardo Alves – *Presunção de Inocência no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto – *Tratado de Direito Penal*. 7ª Edição. 2017. Editora Saraiva.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018.

BONAVIDES, Paulo – *Curso de direito constitucional*. 32. Ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2017

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi – *Sistema Penal e Política Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª. Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, v. 1. 2007.

CARNELUTTI, Francesco – *As misérias do processo penal*. Sorocaba: Editora Minelli, 2006.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de – *Processo penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesas e brasileira*. Org. L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho. Coimbra: Editora Almedina. 2009.

CASTILHOS, Tiago Oliveira de – *Prisão cautelar e prazo razoável*. São Paulo: Juruá, 2013.

CONDE, Francisco Muñoz – *Direito Penal do Inimigo*. Trad.: SPOSATO, Karyna Baptista. Curitiba: Juruá Editora, 2012.



- CRESPO, Eduardo Demétrio – *Do Direito Penal Liberal ao Direito Penal do Inimigo*. Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. São Paulo, ano 1, n. 1. P. 9-37, 2º. Semestre de 2004.
- CRUZ, Rogério Schiatti Machado – *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ECO, Umberto – *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 2012.
- GONÇALVES, Hortência de Abreu – *Manual de Metodologia Da Pesquisa Científica*. São Paulo: Avercamp, 2014.
- FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P – *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. 151 p.: il.
- FAVORETTO, Affonso Celso – *Princípios Constitucionais Penais*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012
- FERNANDES, Fernando – *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Ed. Almedina. Coimbra, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi – *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel – *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- FLICK, Uwe – *Introdução à pesquisa qualitativa*. In: *Utilização de documentos como dados*. 3 ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.
- FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto – *A nova prisão e as Novas Medidas Cautelares no Processo Penal*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.
- GARCIA, José Ángel Brandariz – *Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporâneas. Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Coor. José Ángel Brandariz Garcia e Luz María Puente Aba. Valência: Tirant lo blanch, 2004.



GIACOMOLLI, Nereu José – *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen – *Nulidades do Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. In: *Processo penal e direitos fundamentais: introdução à instrumentalidade constitucional do processo penal*. Salvador: JudPODIVM, 2013.

GONÇALVES, Hortência de Abreu – *Manual de Metodologia da Pesquisa Científica*. São Paulo: Avercamp, 2014.

GRECO, Rogério – *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Vol I. 18. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GUIMARÃES, Ana Paula – *A pessoa como objecto de prova em processo penal: exames, perícias e perfis de ADN – reflexões à luz da dignidade humana*. 2013. Dissertação de Doutoramento em Direito – Universidade Portucalense, Porto, Portugal, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1075/5/TDD%202.pdf>>. Acesso em: 20 dez 2020.

_____ - *Alguma Jurisprudência recolhida do Supremo Tribunal de Justiça Sobre a prova em Processo Penal*. Revista Jurídica Portucalense. Vol. I, nº17, p. 175-181, 2015.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel – *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; REGO, Davi Uruçu – *As variáveis socioeconômicas como pressupostos para a efetiva criminalização no sistema penal brasileiro*. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Teoria Geral da tutela penal transindividual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HESSE, Konrad – *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

JAKOBS, Günther – *Direito Penal do Inimigo*. Org.: Moreira, Luiz; Oliveira; Eugênio Pacelli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____ - *O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). Direito penal e funcionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.



_____ ; MELIÁ, Manuel Cancio – *Direito Penal do Inimigo*: noções e críticas. Org. e trad.: CALLEGARI; André Luis; Giacomolli, Nereu José. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2º ed. 2007.

JESUS, Damásio de – *Código de Processo Penal Anotado*. Editora Saraiva, 1990.

KELSEN, Hans – *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____ - *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade – *Metodologia Científica*. In: Métodos Científicos.5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LATAS, António João – *Mudar a Justiça Penal – Linhas de Reforma do Processo Penal Português*. Ed. Almedina. Coimbra, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury – *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 2ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

_____ - *Direito Processual Penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____ - *Fundamentos do Processo Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____ - *Prisões Cautelares*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro – *Manual de Processo Penal*: volume único. In: *Da prisão preventiva*. 4 ed. Salvador: JudPODIVM, 2016.

Marcão, Renato – *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge – *Constituição Portuguesa Anotada – Introdução Geral, Preambulo, Art. 1º a 107º*. Tomo I, 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

_____, Jorge – *Constituição Portuguesa Anotada – Introdução Geral, Preambulo, Art. 1º a 79º*. Tomo I, 2ª Edição, Coimbra:Coimbra Editora. 2010

MINAGÉ, Thiago M. – *Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

MIRABETE, Julio Fabrini – *Processo Penal*. Editora Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de – *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, Vital, CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.



NUCCI, Guilherme de Souza – *Manual de Direito Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugenio – *Curso de Processo Penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2019.

_____; COSTA, Domingos Barroso – *Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da lei nº 12.403/11*. In: *O processo penal no Estado de direito*. São Paulo: Atlas, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz – *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PIOVESAN, Flávia – *Direitos humanos e justiça internacional*. 5. Ed. Sem. E atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

POLASTRI, Marcellus – *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PORTUGAL – *Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

_____ - *Código Penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO; Gisele Mendes de – *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte geral e especial*. 14. Ed. Sem. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RAMOS, André de Carvalho – *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Carlos Henrique – *Processo Civil e o princípio da duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

RANGEL, Paulo – *Direito Processual Penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAWLS, John – *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva – *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANGUINÉ, Odone – *Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang – *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____ - *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.



SCARANCE, Antonio Fernandes – *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SEM, Amartya – *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e – *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 2005.

SILVA, Germano Marques da – *Curso de Processo Penal*, V. 1, Editorial Verbo, 2008.

_____ - *Curso de processo penal*, 5. V. 2.ed. Lisboa: Babel, 2011.

SILVA, José Afonso – *A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia*. Revista de direito administrativo, 1998.

_____ - *Curso de Direito Constitucional Positivo*. In: *Dos princípios constitucionais*. 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA, Luciano Anderson de – *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo, SP: Quartier Latin, 2007.

TAMER, Sergio Victor – *Direitos Humanos*. São Luís: Editora Plamar, 2005.

TANGERINO, Davi – *Reflexões acerca da inflação legislativa em matéria penal: esvaziamento semântico da Ultima Ratio e o Direito Penal Disfuncional*. Revista Ultima Ratio. Rio de Janeiro, ano 1, n. 0. P. 159-192. 1º. Semestre de 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues – *Curso de Direito Processual Penal*. 11 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

TEPEDINO, Gustavo – *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 48.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo*. Ed. Almedina. Coimbra, 2016.

_____ - *V Congresso de Direito Penal e de Processo Penal – Memórias*. Ed. Almedina. Coimbra, 2016.

VILELA, Alexandra – *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ZANOTTI, Bruno Taufner; Santos, Cleopas Isaías – *Delegado de Polícia em Ação*. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul – *Em busca das penas perdidas*. Trad.: PEDROSA, Vania Romano; CONCEIÇÃO, Amir Lopes da. Rio de Janeiro: Revan. 5ª. Ed. 2001.



_____ - *O inimigo no Direito Penal*. Trad.: LAMARÃO, Sérgio. Rio de Janeiro: Revan. 3ª. Ed. 2015.

_____ - *Em busca das penas perdidas*. Trad.: PEDROSA, Vania Romano; CONCEIÇÃO, Amir Lopes da. Rio de Janeiro: Revan. 5ª. Ed. 2014.

_____ ; Pierangeli, José Henrique – *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 11º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015.



WEB REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Flavio Augusto - *Presunção de Inocência e Direito Penal do Inimigo*. Porto Alegre: Núria Frabris Editora, 2013.ports.aspx>. Acesso em: 04 ago. 2020.

ARAUJO, Fernanda Carolina de - *A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-06072011-111256. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Doc. A/HRC/27/48/Add.3 - *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*. 30 de jun. de 2014. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Pages/ListRe>

BIANCHINI, Alice - *A concepção minimalista do direito penal*. JusBrasil, [s.l.], 2013.

Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814372/a-concepcao-minimalista-do-direito-penal>>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - *Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais*. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos - *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

Conectas Direitos Humanos. *Mapa das prisões 2014*. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/noticia/25378-mapa-das-prisoas>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos - *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004* (Fondo, Reparaciones y Costas). 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

COSTA RICA. Constituição (1969) - Tratado Internacional, de 22 de novembro de 1969. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 - *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San Jose, COSTA RICA, Disponível em:



<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 11 de março de 2017.

CURRY, Paula Maria Nasser. *Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas* - Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/>> Acesso em: 10 set. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho 2016*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

FREIRE, Alonso. *Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico* - Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/>> Acesso em: 20 jun. 2020.

GALLI, Marcelo. 40% dos presos no Brasil são provisórios, aponta levantamento oficial. *Conjur*, [s.l.], abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-26/40-presos-brasileiros-sao-provisorios-aponta-levantamento>>. Acesso em: 22 fev. 2018. JESUS, Damásio de - *O Direito Penal do Inimigo: Breves Considerações*. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10836/direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 10 dez. 2019.

LOPES JÚNIOR - *Violência urbana e tolerância zero: Verdades e mentira*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 5, maio 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5805>. Acesso em: 24 de setembro de 2019.

NAKAHARADA, Carlos Eduardo Mitsuo - *Prisão preventiva: direito à razoável duração e necessidade de prazo legal máximo*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-164648/>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

SERAPIONI, Mauro - *Métodos qualitativos e quantitativos na pesquisa social em saúde: algumas estratégias para a integração*. *Ciênc. saúde coletiva*, vol.5, nº.1, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/csc/v5n1/7089.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2019.



LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Constituição (1988) - *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2017.

BRASIL - *Código Penal*. Brasília: Senado, 2017.

BRASIL - *Código de Processo Penal*. Brasília: Senado, 2017.

BRASIL - *Constituição (1934)*. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Planalto [acesso em 13 set. 2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>.

BRASIL. *Constituição (1946)*. *Constituição da República Federativa do Brasil* - Brasília, DF: Planalto [acesso em 13 set. 2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil* - Brasília, DF: Planalto [acesso em 13 set. 2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 126.292*. São Paulo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 100.430*. Acre. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2634640>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54*. Distrito Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54*. Minas Gerais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC: 37088 MG 2013/0118867-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 10/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/09/2013.



BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ - APR:
00005776020138180061 PI, Relator: Desa. Eulália Maria Pinheiro, Data de Julgamento:
22/11/2017, 2ª Câmara Especializada Criminal.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - HC:
10000180269151000 MG, Relator: Nelson Missias de Moraes, Data de Julgamento:
03/05/2018, Data de Publicação: 14/05/2018