

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Paulo Maycon Costa da Silva

**ENQUADRAMENTO JURÍDICO-  
CONSTITUCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA**

**Tese no âmbito do Curso de Doutoramento em Direito, ramo  
Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora  
Maria João Antunes e apresentada à Faculdade de Direito.**

Maio de 2021

# ENQUADRAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA

*À Liz, Renata e Lais.*

## AGRADECIMENTOS

Coimbra, para o ânimo do nosso espírito, parece um desses lugares, onde as horas de estudo e de lazer se entrelaçam.

Por outro lado, um Curso de Doutorado em Direito requer tempo para pesquisar, para ler, para pensar, para refletir, para escrever e para corrigir. Daí porque, sem uma estrutura que lhe dê o suporte necessário para esse propósito, seria difícil concluir uma tese com o grau de exigência da Faculdade de Direito.

Por isso, compete-me agradecer, primeiramente, aos meus familiares que souberam compreender a necessidade da ausência e dos anos dedicados ao isolamento científico. Embora a interação tecnológica possa reduzir distâncias e diminuir saudades, nada substitui o abraço e o beijo das pessoas que amamos.

Eu devo um especial agradecimento à Defensoria Pública do Estado Rio Grande do Norte. A todos os colegas da administração superior, especialmente, ao Conselho Superior da Defensoria e ao Defensor Público Geral, que nada obstante as carências institucionais, concedeu-me a oportunidade ímpar de me dedicar aos estudos em prol da Instituição, dentro do programa de formação contínua dos seus membros.

Eu sou por demais grato aos funcionários da Faculdade de Direito, que se dedicam, quer na Sala de Revista, quer no Instituto Jurídico, quer no Catálogo, para o desenvolvimento dessa investigação.

Nossa gratidão à Professora Doutora Maria João Antunes, pois desde o primeiro momento concordou em nos orientar. Sempre respondeu prontamente às

nossas indagações e direcionou a pesquisa para que pudéssemos construir uma tese a ser submetida às provas de doutoramento da Faculdade de Direito, na área das ciências jurídico-criminais.

Um agradecimento especial se deve ao *Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht* sediado em Freiburg na Alemanha, pelo período de investigação lá desenvolvido e pela estrutura de excelência que oferece aos pesquisadores dos diversos ramos das ciências criminais.

Não poderia esquecer minha gratidão aos colegas do Curso de Doutorado, sobretudo ao Charles, João Eduardo, Marcelo, Winnicius, Cláudia, Renata, Maria, Marta, Miguel, Patrícia, Kildere, Osvir, Antônio, Paulo, Rafael, Elis, Camila (*in memoriam*), Raquel, Maisa e Clair, com os quais eu tive a oportunidade de conviver subindo as ladeiras da histórica Coimbra, berço do direito luso-brasileiro.

## ABREVIATURAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Direitos Fundamentais
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
<i>BVerfG</i>	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
<i>BayUVollzG</i>	<i>Bayerisches Untersuchungshaftvollzugsgesetz</i>
CC Italiana	Corte Constitucional da Itália
CE	Constituição Espanhola
CI	Constituição Italiana
CRP	Constituição da República Portuguesa
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CN	Constitución de La Nación Argentina
CIDH	Convenção Interamericana de Direitos Humanos
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
Corte EDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CDFU	Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia
Declaração UDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
<i>GG</i>	<i>Grundgesetz</i>
<i>JVollzGB I</i>	<i>Untersuchungshaftvollzug</i>

PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
TC	Tribunal Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
StPO	<i>Strafprozessordnung</i>
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TC	Tribunal Constitucional
TUE	Tratado da União Europeia
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
<i>U-Haft</i>	<i>Untersuchungshaft</i>
<i>UVollzO</i>	<i>Untersuchungshaftvollzugsordnung</i>

## RESUMO

Neste estudo, investiga-se o enquadramento jurídico-constitucional do instituto da prisão preventiva em Portugal e no Brasil. No caso português, essa proposta supõe uma investigação sobre os princípios de estatura constitucional contidos na CRP, quais sejam, os princípios da presunção de inocência, da reserva de juiz, da excepcionalidade, do contraditório e da limitação temporal. O CPP de 1987, por sua vez, prevê os princípios de aplicação, nomeadamente os princípios da legalidade, da necessidade, da adequação, da proporcionalidade, da subsidiariedade e da precariedade. Essa medida de coação só tem lugar à vista de exigências processuais de natureza cautelar. Por isso que, caso não sirva à garantia do processo penal, em especial aos seus objetivos, a saber, descobrir a verdade e realizar justiça, proteger os direitos individuais e restabelecer a paz jurídica, não haverá consonância com os princípios constitucionais e legais dedicados à prisão preventiva. Decerto, os problemas relacionados ao instituto da prisão preventiva traduzem a tensão que existe entre essas finalidades do processo penal, pois será decretada, por exemplo, para impedir o perigo de inquinação das provas (descobrir a verdade material), para impedir o perigo de fuga do arguido (realizar justiça) e para impedir o perigo de reiteração criminosa ou preservação da ordem e tranquilidades públicas (restabelecer a paz jurídica rompida com a prática do delito), ao passo que retira a liberdade do arguido (medida essa que desafia, por outro lado, a proteção dos direitos individuais). Para equacionar essas questões, deve-se laborar com a concordância prática, de maneira que cada objetivo seja otimizado ao máximo, para permitir uma harmonização das finalidades do processo. O dilema do processo penal do Estado de direito democrático consiste em equilibrar seus escopos quase que antagônicos, como ocorre particularmente em relação à prisão preventiva. Portanto, os princípios constitucionais e legais serão decisivos para equilibrar a necessidade da prisão preventiva e a proteção dos direitos individuais. Sem embargo, o estatuto do preso preventivamente deverá reunir um conjunto de direitos compatíveis, especialmente com o princípio da presunção de inocência, de modo que a medida de coação não implique uma antecipação indevida da pena. No caso brasileiro, investiga-se seu enquadramento jurídico-constitucional, considerando seus princípios constitucionais e legais, sem deixar de examinar seus desvios, por exemplo, nas prisões preventivas daqueles que posteriormente se submetem à celebração de colaboração premiada, a revelar um descompasso com as exigências processuais de natureza cautelar.

**PALAVRAS-CHAVE:** processo penal, prisão preventiva, enquadramento jurídico-constitucional, princípios jurídico-constitucionais, princípios legais de aplicação.



## ABSTRACT

In this study, the legal-constitutional framework of the preventive detention institute in Portugal and Brazil is investigated. In the Portuguese case, this proposal entails an investigation into the principles of constitutional stature contained in the CRP, namely, the principles of the presumption of innocence, the reserve of the judge, exceptionality, contradictory and time limitation. The CPP of 1987, in turn, provides for the principles of application, namely the principles of legality, necessity, adequacy, proportionality, subsidiarity and precariousness. This coercive measure only takes place in view of procedural requirements of a precautionary nature. That is why, if it does not serve to guarantee the criminal process, especially its objectives, namely, discovering the truth and carrying out justice, protecting individual rights and restoring legal peace, there will be no consonance with the constitutional and legal principles dedicated to preventive detention. Certainly, the problems related to the preventive detention institute reflect the tension that exists between these purposes of the criminal process, as it will be enacted, for example, to prevent the danger of the evidence being contaminated (discover the material truth), to prevent the danger of escape defendant (to carry out justice) and to prevent the danger of criminal reiteration or preservation of public order and tranquility (restoring legal peace broken with the practice of the offense), while removing the freedom of the accused (a measure that challenges, on the other hand protection of individual rights). To address these issues, one must work with practical agreement, so that each objective is optimized to the maximum, to allow a harmonization of the purposes of the process. The dilemma of the penal process under the democratic rule of law is to balance its almost antagonistic scope, as is particularly the case with pre-trial detention. Therefore, constitutional and legal principles will be decisive in balancing the need for pre-trial detention and the protection of individual rights. However, the status of the preventive prisoner must bring together a set of compatible rights, especially with the principle of the presumption of innocence, so that the coercion measure does not imply an undue anticipation of the sentence. In the Brazilian case, its legal-constitutional framework is investigated, considering its constitutional and legal principles, without failing to examine its deviations, for example, in the preventive arrests of those who subsequently submit to the celebration of winning collaboration, to reveal a mismatch with the procedural requirements of a precautionary nature.

**KEYWORDS:** criminal proceedings, pre-trial detention, legal-constitutional framework, legal-constitutional, legal-infraconstitutional principles.

## ÍNDICE

INTRODUÇÃO .....	13
PARTE I – O PROCESSO PENAL E AS CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS .....	23
CAPÍTULO I - O PROCESSO PENAL NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO.....	24
1.    O processo penal como integrante da <i>gesamte Strafrechtswissenschaft</i> .....	27
2.    O direito processual penal constitucional .....	38
3.    As finalidades do processo penal no Estado de direito democrático .....	53
4.    O processo penal do equilíbrio .....	71
PARTE II - O ENQUADRAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA.....	87
CAPÍTULO I - OS PRINCÍPIOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DA PRISÃO PREVENTIVA .....	88
1.    O princípio da presunção de inocência .....	90
1.1    O princípio da presunção de inocência como marco do processo penal .....	92
1.2    O princípio da presunção de inocência como regra de tratamento .....	97
1.3    O princípio da presunção de inocência como regra probatória.....	106
1.4    O princípio da presunção de inocência e a Directiva (UE) 2016/343.....	111
1.5    O princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade.....	116
1.6    O princípio da presunção de inocência e suas recorrentes críticas .....	120
1.7    O princípio da presunção de inocência e a prisão preventiva no curso da história....	126
1.8    Funções da prisão preventiva compatíveis com o princípio da presunção de inocência 137	
1.9    Os pressupostos materiais da prisão preventiva compatíveis com o princípio da presunção de inocência.....	140
2.    O princípio da reserva de juiz .....	157
3.    O princípio da excepcionalidade.....	168

4.	O princípio do contraditório.....	178
5.	O princípio da limitação .....	181
CAPÍTULO II – OS PRINCÍPIOS LEGAIS DE APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PORTUGAL .....		189
1.	O princípio da legalidade .....	190
2.	O princípio da necessidade.....	195
2.1	A necessidade da prisão preventiva <i>lato sensu</i> .....	196
2.2	A necessidade da prisão preventiva <i>stricto sensu</i> .....	198
2.2.1	Fuga ou risco de fuga.....	208
2.2.2	Risco de inquinação às provas (destruição, ocultação ou alteração) .....	211
2.2.3	Risco de reiteração criminosa ou perturbação da ordem e tranquilidade públicas ....	213
3.	O princípio da adequação .....	221
4.	O princípio da proporcionalidade.....	225
5.	O princípio da subsidiariedade .....	232
6.	O princípio da precariedade .....	236
CAPÍTULO III – O ESTATUTO JURÍDICO DO PRESO PREVENTIVO EM PORTUGAL ...		242
1.	O direito à audição.....	248
2.	O direito à informação .....	252
3.	O direito à assistência .....	255
4.	O direito à comunicação .....	258
5.	O direito ao alojamento.....	259
6.	O direito à integridade .....	261
7.	O direito de defesa .....	264
8.	O direito à revisão.....	267
9.	O direito ao recurso.....	268
10.	O direito à privacidade.....	270
11.	O direito à indemnização .....	272
12.	Os deveres do preso .....	275
12.	Os deveres do Estado.....	278
PARTE III – O ENQUADRAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL.....		281

CAPÍTULO I – O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	282
1. Os princípios jurídico-constitucionais .....	292
2. O princípio da presunção de inocência.....	298
3. O princípio da reserva de juiz.....	311
4. O princípio da excepcionalidade.....	321
5. O princípio do contraditório .....	328
6. O princípio da proporcionalidade .....	333
CAPÍTULO II – O REGIME LEGAL BRASILEIRO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	344
1. Os princípios e regras legais de aplicação .....	347
2. O princípio da necessidade .....	351
3. O princípio da adequação .....	356
4. O princípio da subsidiariedade.....	360
5. O princípio da limitação .....	363
6. O princípio da substitutividade .....	368
7. Os pressupostos materiais da prisão preventiva.....	371
CAPÍTULO III – O ESTATUTO JURÍDICO DO PRESO PREVENTIVO NO BRASIL .....	389
1. O direito à audiência.....	391
2. O direito à informação .....	394
3. O direito à assistência .....	396
5. O direito ao alojamento.....	399
6. O direito de defesa.....	403
7. O direito à privacidade.....	404
8. O direito ao recurso.....	406
9. O direito à indenização .....	407
CONCLUSÃO .....	410
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	416

*O direito é um instituto humano; é um dos modos de vida social, -  
a vida pela coacção, até onde não é possível a vida pelo amor.*

*(Tobias Barreto)*

## INTRODUÇÃO

No seio das ciências jurídico-criminais, particularmente no campo do direito processual penal, a prisão preventiva permanece no centro do debate moderno das instituições jurídicas de grande impacto para o indivíduo, pois concerne à intervenção mais íngreme na sua liberdade pessoal<sup>1</sup> e para a sociedade<sup>2</sup>, porque envolve diretamente a proteção de bens jurídicos.

Em termos empíricos, continua sendo um motivo de muita preocupação para o mundo inteiro, pois a porcentagem de crescimento das pessoas presas sem culpa formada sobe dramaticamente<sup>3</sup>.

De acordo com o *world prison brief*, a partir de dados computados entre os anos de 2016 e 2018, observa-se a expansão na maioria dos países das taxas relacionadas à prisão preventiva, circunstância essa que evidencia a centralidade da questão do ponto de vista político criminal<sup>4</sup>.

Há cinco razões pelas quais a prisão preventiva (*pre-trial detention*) merece um exame e debate profundo<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*. 29., Auflage. München: C. H. Beck, 2017, p. 243.

<sup>2</sup> FERNANDES, Antonio Scarance; Funções e limites da prisão processual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 64. Ano 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 250.

<sup>3</sup> Cf. VOGLER, Richard; FOULADVAND, Shahrzad; Standards for making factual determinations in arrest and pre-trial detention: a comparative analysis of law and practice. *Comparative Criminal Procedure*. Edited by Jacqueline E. Ross and Stephen C. Thaman. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, p. 192.

<sup>4</sup> Taxas de encarceramento provisório: Portugal (16,3%); Espanha (15%); Itália (33,3%); França (29,7%); Alemanha (22,6%); Inglaterra (11,2%); México (39,4%); Canadá (38,6 %); USA (21,6 %); Chile (33,3%); Argentina (47,7%); Brasil (35,4%); Colômbia (33,7%) (Disponível em: [www.prisonstudies.org](http://www.prisonstudies.org). Acesso em: 10-10-2018).

<sup>5</sup> VAN KEMPEN, Piet Hein; *Pre-Trial Detention. Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law*. Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 2012, p. 3-4.

Em primeiro lugar, há um elevado contingente de pessoas no mundo presas nessa condição. Segundo a *world prison brief*, mais de 224 milhões de pessoas estão preventivamente presas. Em segundo lugar, a prisão preventiva contende com reconhecidas normas de direitos humanos, particularmente o direito à liberdade, a presunção de inocência, o direito à tratamento condigno e a proibição à tortura e aos maus tratos. Em terceiro lugar, subsiste um custo para manter as prisões, com isso um dispêndio para o contribuinte, sem esquecer que o preso deixa de concorrer à economia, com a possível perda do seu emprego e da sua moradia. Em quarto lugar, o crime pode ser repreendido sem a imperiosa necessidade de manter todos os suspeitos presos preventivamente. Em quinto lugar, muitos países desenvolvem cooperações internacionais sobre a prisão preventiva<sup>6</sup>.

Sob o ângulo doutrinário, não é um tema novo discutido na academia. Para tanto, basta recuperar as obras *Il Carcere Preventivo* de Luigi Lucchini<sup>7</sup> de 1872, *Die Untersuchungshaft* de Max Sandmeyer<sup>8</sup> de 1909 ou *La Détention Préalable* de Benjamin Dufernex<sup>9</sup> de 1861 para perceber que o tema rende complexas questões entre a liberdade e a segurança. Sem dúvida, concernem à necessidades civilizatórias conquistadas no curso dos séculos.

Francisco Fernandes, em *A Prisão Preventiva* de 1896, ponderava, já naquela altura, que “sua regulamentação constitue um dos capitulos mais difficeis e melindrosos do processo criminal. Basta ponderar se prende intimamente com ella o gravissimo problema da reparação aos detidos preventivamente, sob o peso d’uma accusação provadamente iniqua”<sup>10</sup>.

Sem embargo, o problema em torno da prisão preventiva segue sendo um dos grandes desafios para a União Europeia.

Em 2013, o Parlamento Europeu revelou que muitos Estados-membros possuíam elevada população carcerária. Segundo a Resolução UE (2013/C 168 E/11), “em alguns

---

<sup>6</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>7</sup> LUCCHINI, Luigi; *Il Carcere Preventivo ed Il Meccanismo Istruttorio che vi si riferisce nel Processo Penale*. 2ª Edizione. Venezia: Ferdinando Ongania Successore Münster, 1873.

<sup>8</sup> SANDMEYER, Max; *Die Untersuchungshaft im schweizer. Strafprozessrecht*. Bern: Verlag von Stämpfli & Cie., 1909.

<sup>9</sup> DUFERNEX, Benjamin; *La Détention Préalable et La Liberté sous caution*. Genève: Imprimerie de Jules-Gme Fick, 1861.

<sup>10</sup> Cf. FERNANDES, Francisco; *Prisão Preventiva*. Coimbra: F. França Amado Editor, 1896.

Estados-membros uma grande parte da população carceral é composta de pessoas presas preventivamente; que a prisão preventiva constitui uma medida de caráter excepcional e que períodos de detenção anterior ao julgamento excessivamente prolongados são prejudiciais para a pessoa em causa, podem pôr em causa a cooperação judiciária entre Estados-membros e não traduzem os valores que inspiram a União Europeia”<sup>11</sup>.

No Brasil, o problema da prisão preventiva se revela mais grave, pois não deixa de estar relacionado com o crescimento da criminalidade, bem como com a expansão das organizações criminosas instaladas dentro das unidades penitenciárias<sup>12</sup>. De acordo com dados do Conselho Nacional da Justiça (CNJ), cerca de 40% das pessoas custodiadas no país esperam julgamento, portanto, são presas preventivamente<sup>13</sup>.

Além disso, convém pontuar que tanto a CEDH de 1950<sup>14</sup>, quanto a CADH de 1969 contêm regras substanciais relativas à prisão preventiva, com ampla incidência nos países signatários.

Portanto, tem-se mais uma razão que justifica o estudo e a compreensão do instituto da prisão preventiva, sem embargo das constituições que surgiram no pós-guerra, como a Lei Fundamental alemã de 1950, a Constituição italiana de 1947 e a Constituição portuguesa de 1976, com a preocupação em prever princípios e limitações às prisões preventivas.

Decerto, como consequência das grandes guerras, surgiu a necessidade de efetivamente tutelar os direitos humanos. Com a Declaração Universal de 1948 e com os Pactos Internacionais de 1966, tais direitos passaram a ter, para além de uma dimensão política, uma dimensão jurídica de proteção, mormente à dignidade da pessoa humana<sup>15</sup>, com um grifo especial aos direitos básicos do cidadão, como o direito a um processo penal cercado de garantias inquebrantáveis, entre as quais se sobressaem o direito à razoável

---

<sup>11</sup> Jornal Oficial da União Europeia de 14.6.2013.

<sup>12</sup> SILVESTRE, Giane; LINS DE MELO, Felipe Athayde; *Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira*. IBCCRIM. Boletim 293 - Abril/2017; cf. Caderno de Propostas Legislativas. *16 Medidas Contra Encarceramento em Massa*. IBCCRIM. Disponível: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br); Acesso: 18-04-2019.

<sup>13</sup> Disponível em: [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br); Acesso: 18-04-2019.

<sup>14</sup> Cf. EMMERSON, Ben; ASHWORTH, Andrew; MACDONALD, Alison; *Human Rights and Criminal Justice*. Third Edition. London: Sweet & Maxwell, 2012; cf. RAINEY, Bernadette; WICKS, Elizabeth; OVEY, Clare; *The European Convention on Human Rights*. Seventh Edition. Oxford: Oxford University Press, 2017.

<sup>15</sup> Cf. SCHORN, Hubert; *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*. Bingen am Rhein: LucterLand, 1963.



duração do processo, porque o processo penal, por si só, significa um peso contra quem se impõe.

Para Malcolm Feeley, um processo penal traz consigo diversos custos quando instaurado, dispêndios com advogados, insuficiência dos meios de defesa, problemas para conseguir um emprego, sobretudo para as camadas sociais mais carentes de recursos econômicos<sup>16</sup>.

Daí porque, considera «*if the stigma of the criminal sanction is not viewed as a significant sanction, the costs of the pretrial process take on great significance. When this occurs, the process itself becomes the punishment*»<sup>17</sup>. Em outras palavras, por conta das consequências inerentes à condição de processado criminalmente, um processo penal não deixa de representar, na prática, uma punição.

O sistema político, por outro lado, resistiu ao movimento humanístico do pós-guerra. Espanha, Argentina e Brasil, por exemplo, tornaram-se países democráticos décadas depois do fim da 2ª Guerra.

Portugal mesmo, só regressou à democracia com a “Revolução dos Cravos” em 1974. Em 1976, promulga-se uma nova Constituição democrática. Em seguida, a aprovação de um novo CPP (1987)<sup>18</sup>. Sem dúvida alguma, um importante Código para os países que seguem o sistema de base romano-canônica<sup>19</sup>.

É verdade que no Brasil, depois da segunda guerra, houve eleições democráticas. Essa democracia, porém, não durou mais que uma década, pois cercada de tensões políticas e de tentativas de golpe. Fato que ocorreu em 1964. Só em 1988, com a Constituição

---

<sup>16</sup> *The Process is The Punishment. Handling cases in a lower criminal Court.* New York: Russel Sage Foundation, 1979, p. 199.

<sup>17</sup> FEELEY, Malcolm M.; *idem, ibidem.*

<sup>18</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge; Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* Ano 28. N.º 1. Janeiro-abril 2018. Coimbra: idpee/Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>19</sup> Sem embargo, Manuel da Costa Andrade, ao criticar a reforma de 2007 (Lei n.º 48) direcionada ao caso da Casa Pia, pontuou que: “Tendo em conta o lastro de emotividade a que o processo criminal está indissociável e reconhecidamente associado, a lei processual penal e sua reforma devem dar mostras de capacidade de resistência e distanciação face as injunções normativas dos ruídos provocados pelas causas célebres ‘em cena’ ao tempo de sua gestação” (*Bruscamente no Verão Passado a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente.* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 30-31); cf. DIAS, Augusto Silva; A prisão preventiva após a revisão de 2007 do Código de Processo penal: foi superada a crise? *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão.* Volume II. Lisboa: Almedina, 2008.

cidadã<sup>20</sup>, deu-se início ao processo de reformas pontuais em relação ao processo penal, de modo a concatená-lo com os nortes democráticos. Sem revogar, contudo, o vigente CPP de 1941.

Destarte, somente com a redemocratização nas décadas de 70 e 80, o processo penal, tanto em Portugal, como no Brasil, passou a se preocupar, efetivamente, com a proteção do cidadão contra eventuais abusos do poder.

Nada obstante, o processo penal não se dissocia de sua função precípua e histórica direcionada aos propósitos de buscar a verdade, realizar justiça e restabelecer a paz jurídica<sup>21</sup> rompida com a ocorrência do crime.

Pode-se sustentar a realização do direito penal material, orientado pelos princípios da verdade e da justiça, como o principal objetivo do processo penal<sup>22</sup>. Decerto, o processo penal tem como meta consagrada investigar a verdade relativamente a um fato punível e castigar o responsável, porém não a qualquer preço, porquanto deve respeitar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana<sup>23</sup>.

Estamos, portanto, diante de uma contradição sistêmica relativamente às finalidades pós-democráticas do processo penal. É que para o sistema jurídico-constitucional, torna-se problemático admitir uma prisão sem uma condenação prévia, dado o princípio da presunção de inocência. Afinal, *nulla poena sine culpa*. Por isso que Luigi Ferrajoli divisa a prisão preventiva como ilegítima<sup>24</sup>.

No mesmo sentido Binder, para o qual «*nos encontramos aquí con una de las cuestiones más difíciles de justificar y de fundamentar dentro del marco de un proceso penal garantista. Se trata de la prisión preventiva, es decir, el encarcelamiento de una persona para asegurar que comparezca al juicio, asegurar que la pena va a ser*

---

<sup>20</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo; *Curso de Direito Constitucional*, p. 361.

<sup>21</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *O Processo Penal Português: Problemas e Perspectivas*, p. 814-815.

<sup>22</sup> BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*. 10., völlig neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2008, p. 3.

<sup>23</sup> Cf. ROXIN, Claus; ARZT, Gunter; TIEDEMANN, Klaus; *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Versión española, nota y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1989, p. 134.

<sup>24</sup> *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. Bari: Editori Laterza, 1990, p. 561.

*cumplida, y que una y otra circunstancia no se verán por una eventual fuga del imputado»<sup>25</sup>.*

A prisão preventiva, ainda que considerada uma medida de coação<sup>26</sup>, não se diferencia “substancialmente” de uma pena<sup>27</sup>, pois subtrai do indivíduo seu direito à liberdade sem a conclusão de um processo penal.

Essa prisão preventiva, para Figueiredo Dias, legitimar-se-ia por ser considerada uma medida suportada pela comunidade, numa conformação prática da sua necessidade diante daqueles citados propósitos processuais penais<sup>28</sup>.

Para Zaffaroni, a prisão preventiva é inaceitável em um regime constitucional. Afirma, resumidamente, que ela não deixa de ser uma ação atroz, maquiada, racionalizada e explicada das formas mais inusitadas, sem deixar de ser uma atrocidade<sup>29</sup>.

Um dos desafios do presente estudo consiste em construir uma harmonização entre a necessidade da prisão preventiva numa sociedade inserida no Estado do Bem-Estar, que demanda, cada vez mais, por segurança e proteção dos bens jurídicos, sintonizada com um direito penal em estreita mudança<sup>30</sup> e a proteção constitucional do cidadão<sup>31</sup> contra os

---

<sup>25</sup> *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017

<sup>26</sup> ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*. 29., Auflage. München: C. H. Beck, 2017, p. 233; KÜHNE, Hans-Heiner; *Strafprozessrecht. Eine Systematische Darstellung des deutschen und Europäischen Strafverfahrensrechts*. 6., Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003, p. 211.

<sup>27</sup> Neste ponto, não discordamos, totalmente, de Gustavo L. Vitale, para o qual todo encarceramento, qualquer que seja a circunstância, não deixa de ser uma pena: “(...) Si han fracasado los intentos de elaboración de las denominadas 'teorías de la pena' – al menos en lo relativo a la dificultad de racionalizar una respuesta estatal tan irracional como el cárcel, más claramente destinadas al fracaso están todas las pretensiones teóricas de justificar su utilización para las personas que no han sido condenadas en un juicio penal. Es que el encierro em una institución carcelaria obtenido por la fuerza, como se dijo al comienzo, tiene siempre naturaleza de pena (...)” (*Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 59).

<sup>28</sup> Cf. Sobre os Sujeitos Processuais no novo Código de Processo Penal. *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*. Coimbra : Almedina, 1988, pp. 3-34.

<sup>29</sup> “(...) Hay atrocidades que forman parte de una supuesta normalidad hasta que algún perturbador las denuncia; generalmente comienzan por ahorcarlo, quemarlo o lincharlo. Hasta los filósofos racionalizan las peores atrocidades y después de siglos – o décadas – son justificados por sus sucesores con el argumento de que respondía al espíritu de su tiempo. La prisión preventiva es una de esas atrocidades, maquiada, racionalizada, explicada de las formas más increíbles e imaginativas, pero atrocidad al fin (...)”, Introdução na obra *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*, de Gustavo L. Vitale, ob. cit.

<sup>30</sup> Cf. GÜNTNER, Klaus; *Da Liberdade à Segurança – Os fundamentos normativos do direito penal em mudança*, in “Anatomia do Crime – Revista de Ciências jurídico-criminais, Nº 4, Julho-Dezembro/2016, Almedina, Lisboa.

<sup>31</sup> ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*, p. 11.

desvios ilegais que sucedem sob o pretexto da efetividade do sistema de justiça em desfavor dos direitos individuais.

Com acerto, Anabela Miranda Rodrigues, *mutatis mutandis*, escreve que “a opção unilateral pela dimensão garantística ou pela preventiva é hoje, por estas razões, impossível”<sup>32</sup>. Nessa senda, cabe dizer que a prisão preventiva não pode ser dissociada do garantismo, muito menos de uma política criminal pautada na segurança e efetividade do sistema de justiça.

De início, pensamos que fora do sistema constitucional e convencional dos direitos humanos não será possível legitimar uma medida tão íngreme como a prisão preventiva. Por isso, o propósito de permiti-la a partir de um “enquadramento jurídico-constitucional” é o objeto da presente investigação.

Por meio dos princípios jurídico-constitucionais e dos princípios legais de aplicação, ter-se-á uma medida de coação efetiva e legítima, no afã de diminuir o risco dela parecer uma pena sem processo, face a proibição de efeitos simultâneos (*Verbot der Wirkungsgleichheit*)<sup>33</sup>.

Só assim será possível compatibilizá-la com os objetivos do processo penal, quais sejam, preservar os direitos individuais do cidadão, descobrir a verdade material, realizar justiça e restabelecer a paz jurídica violada<sup>34</sup>.

Em que pese o novo CPP português de 1987<sup>35</sup>, regido pelos princípios da necessidade, da adequação, da proporcionalidade e da precariedade à guisa de aplicação da prisão preventiva, não houve uma diminuição, digna de nota, relativamente à prisão

---

<sup>32</sup> Para Anabela Miranda Rodrigues, “No tempo presente, a síntese deve fazer eco do Estado contemporâneo, de direito, democrático e social. Um estado em que a defesa intransigente da dignidade da pessoa não se opõe a uma legitimação utilitarista da intervenção punitiva estadual, pois os critérios de utilidade aparecem em relação dialéctica com as garantias formais e materiais que intervêm na autolimitação do Estado” (*Novo olhar sobre a questão penitenciária*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 35).

<sup>33</sup> MEINEN, Gero; *Untersuchungshaft. Handbuch zum Strafverfahren*. Herausgegeben von Michael Herghmanns und Uwe Scheffler. München: Verlag C. H. Beck, 2008, p. 326.

<sup>34</sup> Segundo Figueiredo Dias, “muitos autores, ao pretenderem traduzir num conceito o resultado da referida ponderação, falam, na esteira de Degeenkob, de paz jurídica, no sentido de criação, através do processo, de um estado em que a comunidade jurídica volta à tranquilidade depois de uma violação do direito; seria esta a fórmula óptima para exprimir um fim ideal correspondente à função de proteção dos valores fundamentais da comunidade, que vimos pertencer ao direito penal total” (*Direito Processual Penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 45).

<sup>35</sup> Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro? *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coord. Mário Ferreira Monte. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 419.

preventiva<sup>36</sup>, malgrado Portugal possua, comparado aos demais países, um índice razoável de 17,4%, que corresponde a 22 presos preventivos por 100 mil habitantes<sup>37</sup>.

Estuda-se o instituto da prisão preventiva, considerando o direito constitucional, o direito europeu e o direito internacional. Especialmente, os casos resolvidos pelo TC, pela Corte EDH e pela Corte IDH, para um preciso panorâma sobre a interpretação da prisão preventiva à vista das convenções.

Neste estudo, para além das questões principiológicas, questiona-se uma das funções da prisão preventiva que, no primeiro momento, pode não se coadunar com uma função cautelar processual, mas com uma função de “natureza preventivo-policia” como advoga Meyer-Goßner<sup>38</sup>, qual seja, a prisão preventiva imposta para evitar a reiteração criminosa. Por isso, tem-se o problema de como equacionar essa necessidade com o princípio da presunção de inocência.

Esta função da prisão preventiva (conter o risco de reiteração) tem a ver, a bono da verdade, com a manutenção da paz jurídica sujeita, em tese, uma nova e possível ruptura. Com isso, mantém-se sua natureza cautelar e de reserva de juiz. No mais, caberia ao Ministério Público ou à vítima pedi-la, a fim de preservar a imparcialidade do julgamento.

Prender um suspeito não condenado, sob o pretexto de impedir novos crimes, não subtrai a questão concernente à legitimidade dessa medida, principalmente no Estado de

---

<sup>36</sup> Tereza Pizarro Beleza, com pertinência, faz essa observação quando considera que “o excesso de prisão preventiva entre nós parece resultar de um cruzamento perverso de vários factores: por um lado, um certo culto judiciário da prisão preventiva que pode ter sido induzido ou facilitado, entre outros aspectos, pelo elenco limitado de medidas de coacção durante a vigência do Código de Processo Penal de 1929; por outro lado, por uma notória dificuldade de interiorização judicial do elenco diversificado de medidas de coacção contempladas no Código de Processo Penal de 1987 e da vocação assumidamente subsidiária que a prisão preventiva tem neste texto legal. Não se pode igualmente excluir o facto de o recurso intensivo à prisão preventiva, quer antes quer mesmo depois de findo o inquérito, poder indiciar dificuldades ao nível da conclusão da investigação e da sua consolidação probatória; de forma mais específica, pode mesmo perguntar-se em que medida o recurso intensivo à prisão preventiva durante o inquérito sugere uma certa forma de compensação das debilidades da máquina judicial e, em particular, da morosidade processual, assim compensada com uma reacção imediata de aparente eficiência do sistema penal. Tudo isto – diga-se – à margem do programa político criminal que orientou o CPP de 1987” (Prisão preventiva e direitos do arguido. *Que Futuro para o Direito Processual Português? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 678).

<sup>37</sup> Disponível em: <http://prisonstudies.org/country/portugal>. Acesso em: 20-03-2019.

<sup>38</sup> Segundo Meyer-Goßner, “Die vorbeugende Maßnahme der Sicherungshaft zum Schutz der Allgemeinheit vor weiteren erheblichen Straftaten besonders gefährlicher Täter erlaubt die Vorschrift; sie ist präventiv-polizeilicher Natur” (*Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzem*. 53. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010, p. 514).

direito democrático, tendo em vista sua permanente tensão com o princípio da presunção de inocência.

Como, portanto, reconhecer sua pertinência de modo harmônico com os princípios jurídico-constitucionais?

A prisão preventiva não será contrária ao princípio da presunção de inocência, por exemplo, quando basear-se num motivo urgente e na forte suspeita da prática do crime<sup>39</sup>. Decidiu o TC alemão (BVerfGE 19, 342, 350), que nos casos de reiteração criminosa, para proteger a população, deve subsistir uma elevada probabilidade relacionada à ameaça de um crime grave<sup>40</sup>.

Então, legitimar-se-ia a medida de coação à vista da proteção da comunidade.

Na esteira de Pezzatini, não há como conceber uma sociedade civil organizada que não garanta a observância de normas regentes da convivência como meios de prevenção e repressão à atividades antissociais violadoras dessas normas<sup>41</sup>.

Decerto, o princípio da proporcionalidade será a principal norma a ser seguida para evitar abusos na prisão preventiva, por isso prevista com clareza tanto no art. 193º, n.º 1, do CPP português<sup>42</sup>, quando no § 112 StPO<sup>43</sup> alemão.

Com efeito, deve-se garantir o exercício dos direitos fundamentais de quem está preso preventivamente<sup>44</sup>. Por exemplo, assegurar uma unidade específica para presos não condenados e outros direitos que estão previstos no art. 5º da CEDH, bem como em tratados internacionais.

Por exemplo, há na Alemanha leis específicas que regulam a execução da prisão preventiva (*Untersuchungshaftvollzugsgesetzen*), prevendo o direito à habitação, o direito

---

<sup>39</sup> Para Graf: “Die Unschuldsvermutung steht dagegen der Anordnung der Untersuchungshaft nicht entgegen, wenn auf Grund dringenden, auf konkrete Anhaltspunkte gestützten Tatverdachts begründete Zweifel an der Unschuld des Beschuldigten bestehen (vgl BVerfGE 19, 342, 348; BVerfGE 82, 106, 115). Ebenso wenig werden Maßnahmen nach § 119 Abs. 3 durch die Unschuldsvermutung ausgeschlossen (BVerfGE 35, 311, 320 = NJW 1974, 26, 27)” (GRAF, Jürgen-Peter; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. Herausgegeben von Rolf Hannich. 7., Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2013, p. 628).

<sup>40</sup> ROXIN, Claus; SCHÜNEMMAN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*, p. 246.

<sup>41</sup> *La Custodia Preventiva*. Milano: Dotta Giuffrè Editore, 1954, p. 2.

<sup>42</sup> Cf. ANTUNES, Maria João; *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 138.

<sup>43</sup> Cf. BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*. 9., Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2006, p. 129.

<sup>44</sup> Cf. KORINEK, Karl; KAIN, Irmgard; *Grundrechte und Untersuchungshaft*. Wien: Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, 1988.

de visitas, o direito à comunicação<sup>45</sup>, entre outros, necessários a caracterização de uma medida de coação e não de uma sanção penal.

Esperamos que o resultado da presente investigação, para além de cumprir um requisito à conclusão do curso de doutoramento, seja pertinente à compreensão do instituto da prisão preventiva, pois a preocupação cerne consiste em examiná-lo a partir de uma matriz constitucional paralela aos comandos internacionais que dizem respeito à proteção da pessoa e de sua dignidade, *pari passu* a garantia da comunidade contra a criminalidade, dado essa necessidade concreta da sociedade, inclusive para o qual o sistema jurídico-penal deve sempre servir.

---

<sup>45</sup> Cf. SCHLOTHAUER, Reinhold; WEIDER, Hans-Joachim; NOBIS, Frank; *Untersuchungshaft mit Erläuterungen zu den UVollzG der Länder*. 5., Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2016; Cf. SIEPMANN, Sarah; *Die Entwicklung einer gesetzlichen Basis für das Recht der Untersuchungshaft auf Bundes und auf Landesebene (Das BayUVollzG)*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2012; cf. SCHULTHEIS, Ullrich; *Karlsruhe Kommentar zur Strafprozessordnung*. Herausgegeben von Rolf Hannich. 7., Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2013, p. 717 e ss; cf. LÜBBE-WOLFF, Gertrude; *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug und Untersuchungshaftvollzug*. Baden-Baden: Nomos, 2016.

**PARTE I – O PROCESSO PENAL E AS CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS**



*“Precisamente aqui reside o primeiro problema legislativo do processo penal numa democracia constitucional. Um problema político no seu mais puro e rigoroso entendimento, na medida em que nele se defrontam duas questões básicas da função protetora do Estado de Direito: protetora dos direitos humanos fundamentais, mas por igual protetora dos direitos fundamentais do conjunto das pessoas constituídas em Estado” (Figueiredo Dias)*

## **CAPÍTULO I - O PROCESSO PENAL NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO**

O “direito” como um todo ou a ciência jurídica em seu sentido mais amplo passam por mudanças substanciais, como consequência inevitável das vicissitudes sociais e políticas do nosso tempo. O processo penal, não podendo intrinsecamente se esquivar disso, passa pelas mesmas modificações.

Figueiredo Dias, nada obstante, registou que *«o processo penal continuará a ser o espelho do Estado nacional e do tipo de relações intercedentes entre aquele Estado e os cidadãos. Mas não pode deixar de ser também o reflexo das alterações que se verificam nas condições sócio-culturais, políticas e económicas de vida da comunidade, no que aqui nos interessa, por um lado no fenómeno da criminalidade, por outro na realidade processual»*<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> O Processo Penal Português: Problemas e Prospectivas. *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coord. Mário Ferreira Monte. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 805.

Decerto, o processo penal não possui um modelo estático de regras atemporais. Então, sua forma e método refletirão as mudanças da formação jurídica do Estado, submetidas às ideias políticas do momento<sup>47</sup>.

Então, o processo penal representa, hodiernamente, muito mais que um instrumento de realização do direito penal material, pois ao prever tipos e cominar sanções, ele demandava um método consentâneo à proclamação de uma sentença condenatória<sup>48</sup> ou absolutória. Está, na verdade, no âmago de uma relação tensa entre o cidadão e o poder do Estado<sup>49</sup>, razão pela qual regula um conjunto de regras que limitam a participação desses sujeitos no curso do processo.

Nos anos que seguem à 2ª Guerra Mundial, o processo penal entra em sintonia como uma nova era de proteção da dignidade da pessoa humana, sem embargo de que a “justiça”, nesta quadra do pós-guerra, não pode ser concretizada a qualquer preço<sup>50</sup> (*Gerechtigkeit kann es nicht um jeden Preis geben*)<sup>51</sup>.

O respeito aos princípios constitucionais como a presunção de inocência, a duração razoável do processo, a licitude na produção das provas, o direito à não

---

<sup>47</sup> SCHORN, Hubert; *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*. Berlin-Spandau: Luchterhand, 1963, p. 13.

<sup>48</sup> Nesta direção, Hans-Heiner Kühne quando propõe que: “Damit wird zugleich deutlich, dass Strafverfahrensrecht Vorbedingung und Instrument der Umsetzung des Geltungsanspruchs des materiellen Strafrechts ist“ (*Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 1); Francesco Carnelutti: “Chiamiamo sin d’ora, empiricamente, processo penale quell’insieme di atti, che si compiono, per la maggior parte nel palazzo di giustizia, ad opera di vari agenti (agendi ed ufficiali di polizia giudiziaria, giudici, ufficiali del pubblico ministero, difensori, cancellieri, ufficiali giudiziari, consulenti tecnici, ufficiali ed agenti della forza pubblica) in confronto di vari pazienti (imputati, parti lese, testimoni) al fine di accertare il reato e di determinare la pena” (*Lezioni sul Processo Penale I*. Roma: Edizioni Dell’Ateneo, 1946, p. 41); Eduardo Correia: “o direito criminal é constituído pelo conjunto daquelas regras que definem os pressupostos da cominação de penas e medidas de segurança (infracção criminal, modo de ser do criminoso, personalidade e facto – tipo normativo do agente), e fixam a natureza e medida dessas consequências criminais” (*Processo Criminal*. Coimbra: Edição do Autor, 1954, p. 3). Porém, subsiste ainda quem vê essa função exclusivamente instrumental do direito processual, como Tomé García (*Curso de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 2016, p. 27).

<sup>49</sup> TIEDEMANN, Klaus; *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*. 4. Auflage. Heidelberg: C. H. Müller Verlag, 2003, p. 117.

<sup>50</sup> Nesse mesmo sentido Mario Valiente, segundo o qual «(...) E, invece, il processo penale non può essere uno strumento per realizzare la «giustizia» a qualunque costo. Deve avere come punto di riferimento la persona umana. Il delinquente, la vittima, i familiari di questa, il giudice, gli ausiliari devono essere considerati nella loro personalità, ed essi stessi devono sentire e agire anzitutto come persona. È proprio questo costante incontro del delinquente con la «persona» questo contatto vivo con i valori che alla persona si riconnettono, che deve, in primissimo luogo, far rivivere nell’animo del degradato il sentimento della responsabilità morale, lo slancio verso i valori supremi dello spirito, la coscienza di essere membro di una società civile sorta ed organizzata proprio per consentire ai singoli l’arricchimento della propria personalità» (*Il nuovo processo penale. Principi Fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 1975, p. 35).

<sup>51</sup> Cf. BEULKE Werner; *Strafprozessrecht*. 9., Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2006, p. 3.

autoincriminação, o direito à defesa efetiva, tornaram-se requisitos indispensáveis à configuração do devido processo ou *giusto processo*<sup>52</sup> de um Estado de direito democrático.

De modo concreto, o processo penal deve ser capaz de promover e realizar justiça<sup>53</sup>. Essa missão não pode e nunca deixará de ser uma de suas finalidades, objetivo esse que pressupõe, invariavelmente, a busca da verdade material<sup>54</sup>. Isso porque subsiste uma exigência comunitária consubstanciada na sua eficiência e efetividade<sup>55</sup>.

Frente ao Estado de direito democrático e social, a estruturação do processo penal deve considerar de maneira insofismável o desempenho de uma função comunitária<sup>56</sup>. Com isso, deixaria de ser um processo inclinado exclusivamente a se comportar como um instrumento da força estatal ou como simples ordem de proteção do indivíduo face àquela força. Há que encontrar um equilíbrio entre as finalidades de buscar a verdade e realizar

---

<sup>52</sup> MOSCARINI, Paolo; DI BITONTO, Maria Lucia; *Introduzione alla Procedura Penale*. Torino: 2018, p. 87.

<sup>53</sup> Para Figueiredo Dias, “a justiça é, por certo, fim do processo penal, no sentido de que este não pode existir validamente se não for presidido por um directa intenção ou aspiração de justiça” (*Direito Processual Penal*, p. 43).

<sup>54</sup> Sobre a verdade material como finalidade do processo penal, cf. GRECO, Luís, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbruchs und der Wiederraffung im Strafverharenrecht*. Berlin: Duncker & Humblot: Berlin, 2015, p. 168. No sentido crítico, cf. FERRAJOLI, Luigi; *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*, p. 18; cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; *Liberdades Públicas e Processo Penal. As interceptações telefônicas*, p. 60.

<sup>55</sup> Como bem adverte Teresa Armenta Deu, “finalmente, el proceso penal se convertido en el arquétipo de las constantes apelaciones a una mayor eficacia (excepción a la obligación de acusar em determinadas condiciones; juicio para el enjuiciamiento rápido, procedimiento por decreto, finalización anticipada mediante acuerdos de conformidad o remisión a mediación que no cabe negar fundada em determinadas y justificadas ocasiones; pero que obliga, por su convergencia y tendencia creciente, a reflexionar sobre si la legítima búsqueda de una justicia más eficaz - fiada fundamentalmente a la aceleración de los procesos, a um importante número de mecanismos que conducem a hacerlo de más difícil acceso, a abandonarlo o a excluirlo – no abre importantes interrogantes desde el punto de vista de la seguridad jurídica que éste contribuye a garantizar y del derecho de acceso” (*Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 10ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 33).

<sup>56</sup> Segundo o escólio de Figueiredo Dias: “Com o aparecimento, na cena política, daquilo que compreensivamente se costuma designar como Estado-de-direito social dos nossos dias, perguntar-se-á se não se modificou a imagem do Estado – reflexo, afinal, da imagem do Homem – que está nos alicerces da concepção do direito processual penal. A relação comunidade-pessoa individual não é aqui nem a do absolutismo nem a do liberalismo, e o Estado não surge nem como poder oficial-autoritário, nem como poder ordenador da protecção do arbítrio individual, mas como propulsor de formas de vida comunitária que assegurem a livre realização da personalidade ética de cada um. Assim, parece ter-se ganho um novo ponto de vista para a conformação e estruturação do processo penal: este desempenhará, antes de tudo, uma função comunitária, logo ficando prejudicada, por unilateral, a sua caracterização como mero aparelho da força estadual ou como simples ordem de protecção do indivíduo face àquela força” (*Direito Processual Penal*. 1ª ed. 1974. Reimpressão: Coimbra Editora, 2004, p. 68-69).

justiça, com a proteção dos direitos fundamentais, tanto do indivíduo quanto do “conjunto das pessoas constituída em Estado”<sup>57</sup>.

## 1. O processo penal como integrante da *gesamte Strafrechtswissenschaft*<sup>58</sup>

Se há consensos dentro das ciências criminais, certamente um deles reconhece que o fenômeno da criminalidade é complexo, razão pela qual os métodos jurídicos puramente dogmáticos não respondem todas as questões relacionadas à problemática do crime<sup>59</sup>.

Francisco de Assis Toledo colocava, a propósito, que “o crime é um fenômeno social complexo que não se deixa vencer totalmente por armas exclusivamente jurídico-penais”<sup>60</sup>.

É evidente que o processo penal não consiste apenas em um método de verificação da ocorrência do delito<sup>61</sup>, muito embora seja essa uma de suas feições mais corretas e historicamente reconhecidas<sup>62</sup>.

Ele possui, ao revés, estreitos laços com a política criminal<sup>63</sup>, com o poder político<sup>64</sup> e com a justiça criminal<sup>65</sup>. Posto isso, qual seria seu papel dentro das ciências jurídico-criminais?<sup>66</sup>

---

<sup>57</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge; *Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal português*, p. 132.

<sup>58</sup> ROXIN, Claus; *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*. 3. Auflage. München: C. H. Beck, 1997, p. 4.

<sup>59</sup> Cf. BANDINI, Tullio; GATTI, Uberto; MARUGO, Maria Ida; VERDE, Alfredo; *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*. Milano: Giuffrè Editore, 1991; cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel; *Criminologia – O Homen delinquente e a Sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

<sup>60</sup> *Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 5.

<sup>61</sup> FARIA COSTA, José de; *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, p. 51.

<sup>62</sup> Sobre os novos paradigmas do processo penal cf. SCHÜNEMANN, Bernd; *Stichworte zum Vierten Paradigma des Strafverfahrens*. Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018. Herausgegeben von Ulrich Stein, Luís Greco, Christian Jäger und Jürgen Wolter. Berlin: Duncker & Humblot, 2018, p. 691-705.

<sup>63</sup> Cf. FERNANDES, Fernando; *O Processo Penal como instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

<sup>64</sup> Cf. STUNTZ, William; The Political constitution of Criminal Justice. *Harvard Law Review*. 780 (2006). January 2003. 199. Number 3. , p. 781.

<sup>65</sup> Cf. OBAMA, Barack; The President’s Role in Advancing Criminal Justice Reform. *Harvard Law Review*. Volume 130. January 2017. Number 3. , p. 812.

Essa pergunta, por óbvio, reclama conceitos preliminares relacionados às ciências criminais.

Jescheck compreendia as ciências criminais (*Kriminalwissenschaften*) a partir de duas perspectivas, uma empírica e uma normativa, que de modo interdisciplinar se ocupam do fenômeno da criminalidade<sup>67</sup>.

Nesse sentido, as ciências criminais se dividiriam entre a ciência do direito penal (*Strafrechtswissenschaft*), relacionadas ao direito penal material, ao direito processual penal e ao direito à execução; e a criminologia (*Kriminologie*) que estuda as causas do crime, o delinquente, a vítima, o mundo ao redor do criminoso, da forma de controle social do delito e da eficácia das sanções. Porém, não deixariam de ser disciplinas complementares<sup>68</sup>.

Daí porque, Jescheck colocara que *Strafrecht ohne Kriminologie ist blind, Kriminologie ohne Strafrecht ist grenzenlos*<sup>69</sup>. Em outras palavras, o direito penal material sem a criminologia é cego, bem como a criminologia sem o direito penal material não tem limites.

Beleza dos Santos ensinara que o direito criminal correspondia a um conjunto de regras dispostas a prescrever: a) os requisitos que constituem certos factos como criminosos; b) os requisitos para indicar quais as pessoas são responsáveis por esses factos; c) quais as penas ou medidas de segurança a aplicar<sup>70</sup>.

O direito processual criminal, por sua vez, consistiria no universo de regras necessárias para verificar se houve a prática de factos criminosos, os pressupostos legais da responsabilidade, por conseguinte, como executar as penas e medidas de segurança legalmente previstas<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> Sobre as ciências jurídico-criminais, cf. KINDHÄUSER, Urs; Criminal Law Science (Strafrechtswissenschaft). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 26. N.ºs 1 a 4 Janeiro-dezembro 2016. Coimbra: Instituto Jurídico.

<sup>67</sup> Segundo Jescheck, “Die Kriminalwissenschaften sind bemüht um die Erforschung, systematische Ordnung und Darstellung des gesamten Lebensgebiets, das durch die Kriminalität und deren Bekämpfung bestimmt ist. Sie sind teils normative, teils empirische Wissenschaften und stehen in einem interdisziplinären Austauschverhältnis“ (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas; *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. Berlin: Dunker & Humblot, 1996, p. 41).

<sup>68</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>69</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>70</sup> *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*. Coimbra: Atlanta Editora, 1968, p. 25-26.

<sup>71</sup> DOS SANTOS, José Beleza; *idem*, p. 27.

Então, escrevia Beleza dos Santos: “É necessário obter, na medida do possível, a segurança de que terão em vista do interesse geral da descoberta da verdade e o da defesa social contra o crime, assim como o da protecção dos indivíduos contra abusos que poderiam praticar-se para a realização daqueles dois primeiros objetivos”<sup>72</sup>.

As ciências criminais, portanto, cuidam do crime enquanto um fenómeno normativo (direito penal material e o direito processual penal), sociológico (por meio da criminologia) e político (por meio da política criminal)<sup>73</sup>.

Há, por essa razão, uma relação intrínseca entre o direito penal, o direito processual penal, a política criminal e a criminologia, no que Franz von Liszt<sup>74</sup> denominou de ciência total ou conjunta do direito penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*)<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>73</sup> Costa Andrade, relativamente à ciência conjunta do direito penal, comenta que “regressando à legitimação material, deve, em primeiro lugar, precisar-se que é a Constituição que define e demarca o horizonte em que há-de inscrever-se a política criminal, no contexto da nova ‘ciência global do direito penal’” (*Ob. cit.*, p. 200).

<sup>74</sup> Segundo Figueiredo Dias, “Foi mérito de Franz von Liszt ter criado, na base das especiais relações intercedentes entre estes vários pensamentos do crime – relações que assim se não confundem com as anteriormente referidas dentro da enciclopédia das ciências criminais -, o modelo tripartido do que chamou a “ciência conjunta (total ou global) do direito penal”: a *gesamte Strafrechtswissenschaft*. Uma ciência conjunta, esta, que compreenderia como ciências autónomas: a ciência estrita do direito penal (ou dogmática jurídico-penal) concebida, ao sabor do tempo, como o conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico-penal e devem ser explicitados dogmática e sistematicamente; a criminologia, como ciência das causas do crime e da criminalidade; e a política criminal, como ‘conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta realacionadas’. Mas ciências só ‘relativamente’ autónomas, em todo o caso: por isso que, visando por esta via encarecer sobretudo a autonomia da política criminal e da criminologia perante o estudo estritamente jurídico do crime e o seu tratamento ‘dogmático’ e ‘sistemático’, o modelo da ‘ciência conjunta’ tinha como ponto essencial o dar a compreender que qualquer uma das suas três vertentes seria em último termo relevante para a tarefa da aplicação do direito penal e, por aí, para a tarefa sócio-política de controle do fenómeno do crime. Esta ideia de v. Liszt, como todas as ideias verdadeiramente precursoras, não conseguiu impor-se no âmbito jurídico-penal sem antes ter acarretado ao seu autor muitas incompreensões e mesmo a mais decidida oposição. Nesta se tendo distinguido Karl Binding, que acusou as concepções ‘globais’ deste tipo de abandonar o solo firme da lei, do seu tratamento dogmático-sistemático, do seu conhecimento e da sua aplicação precisos, para, cedendo a ‘impulsos diletantes’, penetra no terreno movediço e interdito a juristas enquanto tais das investigações de carácter político e científico-natural. Apesar de todas estas críticas, porém, a ideia-mestra da ciência conjunta do direito penal não se perdeu mais e constituiu ao longo de todo o século XX – como continua ainda hoje a constituir – ponto de referência obrigatório de uma compreensão exacta e abrangente, que aqui em último termo se visa alcançar, do estatuto do mútuo relacionamento da dogmática jurídico-penal, da política criminal e da criminologia” (*Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 6-9).

<sup>75</sup> Cf. LISZT, Franz von; *Der Zwerckgedanke im Strafrecht* (1882/1883), mit einer Einführung von Michael Köhler. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

Entre os autores portugueses, Eduardo Correia<sup>76</sup>, Figueiredo Dias<sup>77</sup>, Faria Costa<sup>78</sup>, Costa Andrade<sup>79</sup>, Maria João Antunes<sup>80</sup>, Anabela Miranda Rodrigues<sup>81</sup>, Mário Ferreira Monte<sup>82</sup>, entre outros, dão conta dessa conexão científica.

Na Alemanha, para além de Franz von Liszt, cuidam disso, por exemplo, Claus Roxin<sup>83</sup>, Volker Krey e Robert Esser<sup>84</sup>. Na Itália, Alessandro Baratta reconhecia sua existência, porém não divisava uma perspectiva positiva<sup>85</sup>.

No Brasil, por enquanto, não há essa compreensão da ciência conjunta do direito penal<sup>86</sup>, com raríssimas exceções, para não dizer quase nenhuma, como Luiz Flávio Gomes<sup>87</sup>, Fabio D’Avila<sup>88</sup> e Marcelo Ruivo<sup>89</sup>.

---

<sup>76</sup> Cf. *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 2016.

<sup>77</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I. Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra Editora, 2ª edição, 2012, p. 20.

<sup>78</sup> Cf. FÁRIA COSTA, José de; *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*. 4ª edição. Coimbra Editora, 2015, p. 19.

<sup>79</sup> “Regressando à legitimação material, deve, em primeiro lugar, precisar-se que é a Constituição que define e demarca o horizonte em que há-de inscrever-se a política criminal, no contexto da nova ‘ciência global do direito penal’. Ou, na expressão germânica cunhada por LISZT, *gesamte Strafrechtswissenschaft*. Se [é certo que na nova topografia das ciências criminais a política criminal assume uma posição transsistemática e crítica em relação ao direito penal positivo ordinário], ela assume necessariamente uma posição intra-sistemática em relação à sociedade democrática pressuposta pela Constituição e ao modelo do Estado de direito constitucionalmente sancionado” (COSTA ANDRADE, Manoel da; *Constituição e Direito Penal, A Justiça nos dois lados do Atlântico, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento*, 1997, p. 200).

<sup>80</sup> *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 7.

<sup>81</sup> Cf. Política criminal: novos desafios, velhos rumos. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

<sup>82</sup> Cf. Um olhar sobre o futuro do direito processual penal – razões para uma reflexão. *Que futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coord. Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Novera Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 403.

<sup>83</sup> Cf. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3. Auflage. München: C. H. Beck, 1997, p. 4.

<sup>84</sup> KREY, Volker; ESSER, Robert; *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4 Auflage. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2011, p. 30.

<sup>85</sup> Cf. Criminologia e Dogmática Penal. Passado e Futuro do Modelo Integral da Ciência Penal. *Revista de Direito Penal*. N.º 21. Janeiro – Junho/1981. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 5-37.

<sup>86</sup> Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa; *Processo Penal* 1. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011; LOPES Jr., Aury; *Direito processual penal e sua conformidade com a Constituição*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; COSTA, Álvaro Mayrink da; *Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1992; SANTOS, Juarez Cirino dos; *Direito Penal. Parte Geral*. 4ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010; BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal. Parte Geral* 1. 21ª edição. Saraiva: São Paulo, 2015. Luiz Regis Prado menciona a expressão “enciclopédia do direito penal”, mas não no sentido proposto por Franz von Liszt. Contudo, escreve que “a ciência do direito penal, a política criminal e a criminologia são ciências que se distinguem, mas que não se separam, antes se completam” (*Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Volume I. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 68).

<sup>87</sup> Cf. Prefácio de Luiz Flávio Gomes em CAPEZ, Fernando; *Curso de Direito Penal. Parte geral*. Volume 1. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

Para Franz von Liszt, malgrado a pertinência da criminologia e da política criminal nessa análise conjunta do direito penal, caberia à dogmática jurídico-penal o primeiro lugar na hierarquia das ciências criminais<sup>90</sup>.

O direito penal, por certo, tem como primeiro fim a manutenção da paz e da seguridade jurídica, mediante a proteção dos valores fundamentais da convivência em comunidade.<sup>91</sup>

Com isso, reitera-se o ponto de vista, segundo o qual as ciências jurídico-criminais cuidam de um interesse eminentemente público, de modo que o processo penal, intimamente relacionado ao direito penal material, não pode ser visto sem os escopos de promover segurança e realizar justiça.

Essa pertinência, outrossim, do direito processual penal dentro da “ciência conjunta do direito penal” implica na inadequação de uma teoria conjunta do processo, dado a necessidade de uma regulação específica à realidade do fenômeno da criminalidade<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Os limites normativos da política criminal no âmbito da “ciência conjunta do direito penal” (algumas considerações críticas ao pensamento funcional de Claus Roxin). *Zeitschrift für Internationale Strarechtsdogmatik*. n. 10, p. 485-495, 2008. Disponível em: [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com). Acesso: 1º de fevereiro de 2019.

<sup>89</sup> Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 137. Ano 25., p. 323-345. Nov. 2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>90</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; 2012, p. 21.

<sup>91</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal – Parte Geral*. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Volumen Primeiro. Barcelona: Bosch, 1981, p. 22.

<sup>92</sup> Sobre o esforço em vão de uma teoria geral do processo, Figueiredo Dias consigna o seguinte: “Com razão, porém, se admirará mais o esforço do que o resultado. O tempo das grandes teorias gerais parece ser, para o pensamento jurídico, um tempo definitivamente passado, por nelas estar latente o perigo de quebrarem a relação, que cada vez se quer mais próxima e estreita, da ordem jurídica com a vida e a realidade social que aquela procura servir. No que toca ao processo, os resultados de um teoria geral em nada conseguiriam esbater ou minorar as extensas divergências entre cada um dos principais tipos processuais, respeitantes ou à sua estrutura ou, sobretudo, aos seus fundamentos e princípios e às suas formas concretas de realização. Daí que o próprio Carnelutti (sempre tão propenso às grandes construções e teorias generalizadoras), tendo começado por ver no conceito de «lide» o elemento comum a todos os tipos processuais, que só por si permitiria a construção de uma «teoria geral do processo», tenha acabado por reconhecer em absoluto a profunda diversidade e autonomia, mesmo «científica», do direito processual penal. Como bem nota K. Peters, a pretensa comunidade ou analogia de fins e de meios nunca ultrapassaria o domínio puramente formal, além de que iria por certo, não poucas vezes, fazer violência à necessária autonomia funcional e teleológica de cada tipo. O que é tanto mais perigoso quanto, sendo o arguido «a nota viva, o elemento verdadeiramente caracterizador (do processo penal), a sua autonomia não pode deixar de exigir que todo o estudo do processo penal seja colocado e conduzido de modo completamente autónomo»” (*Direito Processual Penal*, p. 54-55).



Decerto, não há como reunir o processo penal e o processo civil em uma mesma teoria geral<sup>93</sup>, na medida em que possuem características distintas, objetivos peculiares e, sobretudo, institutos jurídicos próprios (prisão preventiva, por exemplo), nada obstante possuam termos técnicos bem semelhantes, como a citação, os recursos e a prescrição, só para exemplificar.

O processo penal não é um processo de partes<sup>94</sup> como o processo civil (*Der Strafprozess ist kein Parteienprozess wie das zivilrechtliche Verfahren*)<sup>95</sup>. A verdade no processo civil, por exemplo, depende dos argumentos das partes e das provas que sob suas responsabilidades produzem.

No caso do processo penal, impõe-se aos sujeitos processuais o dever de descobrir a verdade material. No alemão positivado no § 244 Abs. 2, StPO<sup>96</sup> e no português previsto

---

<sup>93</sup> Em sentido contrário, Afrânio Silva Jardim: “Pouca resistência ainda se encontra, em sede doutrinária, à concepção unitária do processo. Mais do que uma necessidade metodológica para o estudo dos vários ramos do Direito Processual, a teoria geral do processo é uma consequência inarredável do estudo sistemático das diversas categorias processuais. (...) Desta forma, torna-se até mesmo difícil estudar o processo penal separadamente, ficando bastante estreito o campo para uma teoria geral exclusiva do processo penal, senão inteiramente dispensável. Não é por outra razão que as categorias processuais a seguir examinadas são comuns às diversas espécies de processo e que quase tudo o que se dirá em relação ao processo penal tem inteiro cabimento ao processo civil ou do trabalho, *mutatis mutandis*” (*Direito Processual Penal*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 279).

<sup>94</sup> É a posição de Figueiredo Dias, relativamente ao processo penal português a vista do CPP de 1987, *in verbis*: “saber se o processo penal, tal como é concretamente estruturado na interação dos respectivos sujeitos, se conforma ou não como um verdadeiro processo de partes. Posta assim a questão, não creio que a resposta sucite quaisquer dúvidas: o processo penal contido no Código português de 1987 não é seguramente, sob qualquer perspectiva, um processo de partes. O ministério público, como ficou dito, não é interessado na condenação mas unicamente na obtenção de uma decisão justa: nesta medida, ele compartilha com o juiz um dever de intervenção estritamente objectiva; e isto, acentua-se, não apenas nas fases, contraditórias e presididas pelo juiz, do julgamento e da instrução, mas também e em igual medida na fase de inquérito de que ele é o dominus. Do início até ao fim do processo a vocação do ministério público não é a de ‘parte’, mas a de entidade unicamente interessada na descoberta da verdade e na realização do direito. Logo a partir daqui, falar de um ‘processo de partes’ não tem qualquer sentido útil” (*Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, p. 31).

<sup>95</sup> MEYER-GOBNER, Lutz; *Strafprozessordnung*. 48., Auflage. Bech’lche Kurz Kommentar. München: Verlag C. H. München, 2005, p 2.

<sup>96</sup> Não por menos, descobrir a verdade é um objetivo do processo penal no sistema alemão (no português idem). Segundo Klaus Tiedemann: “Das Ziel des Strafprozesses ist es nach einer verbreiteten Ansicht, die Wahrheit hinsichtlich der Straftat zu ermitteln und den Täter einer Bestrafung zuzuführen. In diesem Sinne bezweckt die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung nach dem wichtigen § 244 Abs. 2 StPO die ‘Erforschung der Wahrheit... von Amts wegen’, und das Erkenntnisverfahren endet mit der Feststellung der für erwiesen erachteten Tatsachen” (§ 267 Abs. 1 S. 1 StPO)” (*Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*. 4. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003, p. 118).

no art. 340º, n.º 1, do CPP. Portanto, tanto o juiz, quanto o Ministério Público, devem, imperiosamente, buscar a verdade por trás dos casos penais<sup>97</sup>.

Contrariamente ao processo civil, ele é indispensável à realização do direito penal. Daí o princípio, *nulla poena sine iudicio*<sup>98</sup>. Paralelamente, contém diversos instrumentos de proteção imediata à liberdade. Definitivamente, o processo penal não se cabe dentro de uma teoria processual universal<sup>99</sup>.

Sem o processo penal, portanto, não será possível concretizar o direito penal material, pois só por seu intermédio uma pena ou medida de segurança poderão ser

---

<sup>97</sup> De acordo com Lutz Meyer-Goßner: “Im Gegensatz zu diesem, das von der Dispositionsmaxime (dh von der Verfügungsfreiheit der Parteien) beherrscht ist und in dem die Entscheidung auf Grund einer vom Parteivorbringen abhängigen (formellen) Wahrheit ergeht, besgeht im Strafprozess für die StA der Verfolgungszwang, das sog Legalitätsprinzip (§ 152 II), und für StA und Gericht der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit (§§ 160, 244 II). Dabei klärt das Gericht die Sache, mit der es befasst ist (vgl unten 37), von Amts wegen auf (sog Ermittlungsgrundsatz, vgl 11 zu § 244)” (*idem, ibidem*). No mesmo sentido Jürgen Baumen, para o qual “(...) conforme a nuestro derecho processual penal, al ministerio público le incumbe, en forma similar al tribunal, descubrir y sostener la verdad material (*Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentales y Principios Procesales*. Trad. Conrado Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 21).

<sup>98</sup> Segundo Mário Ferreira Monte: “Admitir que pudesse existir uma terio geral do processo, sem lugar a um direito processual penal autónomo, pressuporia esquecer todo um conjunto de especificidades da matéria que o direito penal visa regular e que o direito processual penal aspira realizar ‘através da investigação e valoração do comportamento do acusado da prática de um facto criminoso’. Quando se afirma a ‘relação mútua de complementariedade funcional’ que existe entre direito penal e direito processual penal, no sentido de que ‘só através do direito processual logra o direito substantivo, ao aplicar-se aos casos reais da vida, a realização ou concretização para originariamente tende’, é evidente que temos em vista desde logo que a ‘conformação teleológica fundamental do direito penal substantivo exercerá uma influência decisiva na concepção do direito processual penal respectivo’, mas também, e aqui reside o punctum crucis, que o inverso é igualmente possível, isto é, ‘que se reconhece e aceita a influência do direito processual penal na conformação do direito penal e no sentido e solução de alguns dos seus concretos problemas dogmáticos’. É bom de ver que uma tal visão só é possível – e não se trata de mera hipótese académica, uma vez que são muitos os casos em que isso assim sucede – porque se reconhece que o direito processual, muito mais que ser apenas um direito processual, é também penal, faz parte do direito penal em sentido amplo” (Um olhar sobre o futuro do direito processual penal – razões para uma reflexão. *Que futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coord. Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Novera Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 400). Em sentido contrário, sustentando a pertinência de uma teoria geral, cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa; *Processo Penal* 1. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39.

<sup>99</sup> Fischer, a propósito, comenta que “Der Strafprozess, den wir in Deutschland heute kennen, ist nach seiner Zielsetzung und Struktur kein Parteienprozess, wie es das streitige zivilrechtliche Verfahren oder das Strafverfahren in anderen Rechtsordnungen sind, die von der Dispositionsfreiheit der Parteien beherrscht werden. Das bedeutet: Nicht „Parteien“ – im Wesentlichen also: (angeblich) Verletzte, Beschuldigte, sonstige Interessierte – bestimmen, was genügender Anlass und was Gegenstand eines Strafverfahrens ist. Private Beteiligte haben auch – in den Grenzen des materiellen Rechts (vgl. §77d StGB) kein Recht und keine Möglichkeit, Strafverfahren von sich aus zu beenden; anders die Staatsanwaltschaft in Fällen des Opportunitätsprinzips” (FISCHER, Thomas; *KarlsruherKommentar zur Strafprozessordnung*. Herausgegeben von Rolf Hannich. 7., Auflage. München: Verlag C. H., 2013, p. 2-3)

impostas<sup>100</sup>. Por isso que para muitos o processo penal consiste em um conjunto de regras que disciplinam a realização do direito penal material<sup>101</sup>. Porém, vai muito além. Como bem pontou Faria Costa, “o processo penal é muito mais do que isso. Muito mais. Pois, enquanto manifestação do poder sancionatório do Estado, deve, de igual forma, apresentar garantias precisas que se impõem em um Estado de direito democrático”<sup>102</sup>.

De qualquer modo, tendo em vista a complexidade do fenômeno criminógeno<sup>103</sup>, o estudo do crime somente será adequado e completo dentro da ciência conjunta do direito penal.

Tem-se, então, na mesma circunferência de importância, a dogmática jurídico-penal, as ciências da política criminal e da criminologia, com ênfase ao direito penal material, dado que *das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*. Por outras palavras, a dogmática jurídico-penal continua sendo a barreira intransponível à política criminal<sup>104</sup>.

Por outro lado, para Figueiredo Dias compete à política criminal desenhar os derradeiros limites do punível<sup>105</sup>, razão pela qual haveria entre ela e a dogmática jurídico-penal uma autêntica relação de unidade funcional<sup>106</sup>. Para Julio Maier, do ponto de vista da política criminal, o processo penal integra o direito penal em sentido amplo, e não pode ser pensado com independência desde<sup>107</sup>.

---

<sup>100</sup> Nesse sentido Klaus Tiedemann, para o qual “Der Strafprozeß stellt für die meisten Bürger die intensivste Konfrontation mit der staatlichen Hoheitsgewalt dar. Erst im Strafprozeß wird das materielle Strafrecht wirklich angewandt, nämlich die in den Straftatbeständen angedrohte Rechtsfolge „Strafe“ (oder auch eine Maßregel der Besserung und Sicherung) verhängt. Der Strafprozeß mit seiner schrittweisen Annäherung an diesen Akt kann im Verhältnis zu dem mehr statischen Strafrecht als „dynamisch“ bezeichnet werden” (*Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*, p. 117).

<sup>101</sup> Cf. PIQUEREZ, Gérard; *Précis de Procédure Pénale Suisse*. Payot Lausanne: Précis et traités, 1987, p. 18.

<sup>102</sup> *Direito Penal*, p. 51.

<sup>103</sup> Para um melhor estudo da problemática que rodeia o crime, nomeadamente sobre o “o homem delincente” e a “sociedade criminógena”, cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel; *Criminologia. O homem delincente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

<sup>104</sup> LISZT, Franz von; apud Jorge de Figueiredo Dias; *idem, ibidem*.

<sup>105</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; *idem, ibidem*.

<sup>106</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>107</sup> Política criminal, derecho penal y derecho procesal penal. *Summa Procesal Penal*. Director Pedro J. Bertolino. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 352.

No ponto, convém destacar o Livro Verde da Comissão Europeia (COM) [2011] 327 de 14 de junho de 2011<sup>108</sup>. Trata-se de um documento com instruções de natureza política criminal para a UE. Indica, por exemplo, a necessidade do reexame periódico da prisão preventiva, por conta do aumento do número de pessoas presas sem culpa formada dentro do espaço de segurança, liberdade e justiça da União.

Então, para um profundo entendimento do direito processual penal, convém ter em mente de maneira clara um conteúdo de política criminal. Essa, por sua vez, será o espelho dos objetivos políticos do Estado. Caso seja democrático, o processo penal terá um compromisso inseparável com os direitos humanos e seus princípios internacionais.

Nesse sentido, mostra-se inquestionável a proposta de Figueiredo Dias, quando consigna que “uma política criminal que se queira válida para o presente e o futuro próximo e para um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de actuação ali, onde verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”<sup>109</sup>.

Por exemplo, a prisão preventiva só terá lugar dentro das hipóteses “constitucionalmente consagradas”, um vez que com o princípio da presunção de inocência só seriam compatíveis aquelas medidas que “se mostrem comunitariamente suportáveis”, regista Figueiredo Dias<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Reforça a confiança mútua no espaço judiciário europeu – Livro Verde sobre a aplicação penal da UE no domínio da detenção. Disponível em: [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu). Acesso em 16-09-2019.

<sup>109</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>110</sup> Segundo Figueiredo Dias, “O Código confere ao arguido o papel de sujeito do processo sob um duplo ponto de vista, que corresponde essencialmente à dupla referência que lhe é feita no texto constitucional: enquanto o arma, por um lado, com um direito de defesa (art. 32º-1) a que por várias formas confere efectividade e consistência; e enquanto lhe confere, por outro lado, uma fundamental presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação (art. 32º -2). Esta presunção assume reflexos imediatos sobre o estatuto do arguido enquanto ‘meio’ processual – seja enquanto objecto de medidas de coacção, seja enquanto meio de prova. Relativamente ao arguido como objecto de medidas de coacção, o princípio jurídico-constitucional em referência vincula estritamente à exigência de que só sejam aplicadas àquele as medidas que ainda se mostrem comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente. E daí as exigências – constitucionalmente consagradas, de forma expressa, para a prisão preventiva, mas que devem valer para toda e qualquer medida de coacção (à excepção, porventura, do mero termo de identidade e residência) – de necessidade, adequação, proporcionalidade, subsidiaridade e precaridade, que o art. 193º do Código integralmente traduz. Exigências à luz das quais, diga-se de passagem, mal será necessário acrescentar uma palavra para justificar a solução dada pelo Código ao problema dos chamados ‘crimes incaucionáveis’ (arts. 202º e 209º). Por outro lado, o princípio da presunção de inocência, ligado agora directamente ao princípio – o primeiro de todos os princípios jurídico-constitucionais – da preservação da dignidade pessoal, conduz a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre

Portanto, a prisão preventiva, quando objetiva impedir a reiteração de crimes, corresponde a uma medida de coação, porque decretada no seio da persecução, cuja razão se ampara em um juízo prognóstico de risco à comunidade. Essa, por sua vez, tem a ver com uma política criminal centrada tanto na proteção da pessoa, quanto da sociedade.

Há, de conseguinte, uma unicidade funcional entre o direito penal e o direito processual penal. Porém, isso não significa dizer que o processual penal deixaria de ser autônomo relativamente do penal substantivo. Em verdade, são ramos jurídicos complementares de elevada proximidade<sup>111</sup>.

Diante dessa complementariedade funcional, Figueiredo Dias escreve que “o direito processual e o direito substantivo penal formam uma unidade, derivada da função específica que a esta extensa região do Direito compete: só através do direito processual logra o direito substantivo, ao aplicar-se aos casos reais da vida, a realização ou concretização para que originariamente tende”<sup>112</sup>.

Francesco Carnelutti quando se deparou com as medidas de segurança, sustentou que essas integrariam o conjunto de providencias do direito processual penal empregadas contra a periculosidade. Todavia, isso não significaria dizer que tais medidas de segurança possuem esta característica por conta da sua previsão na lei processual penal, porém em razão do desenvolvimento científico que estendeu à periculosidade e as medidas de segurança ao domínio do direito penal, material e processual<sup>113</sup>.

No caso em específico, muito embora a prisão preventiva esteja contida no CPP, quando direcionada à impedir a reiteração de crimes, parte do mesmo pressuposto da medida de segurança, a saber, proteger a comunidade contra a periculosidade do indivíduo<sup>114</sup> contra o qual pesa um juízo de prognose positivo de reiteração<sup>115</sup> (*Gefahrenprognose*)<sup>116</sup>.

---

limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade – tanto no inquérito como na instrução ou no julgamento: só no exercício de uma plena liberdade de vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo” (*Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, p. 27-28).

<sup>111</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>112</sup> *Idem*, p. 23-24.

<sup>113</sup> *Lecciones sobre El Proceso Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Vol. I. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, p. 81.

<sup>114</sup> Cf. VIGANÒ, Francesco; La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell’ordinamento italiano. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fasc. 4 – Ottobre-Dicembre 2012. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 1334-1363.

Dito tudo isso, vê-se que o direito processual penal supõe o conhecimento das diretrizes do direito penal na sua pré-compreensão. O instituto da prisão preventiva, por exemplo, será válido, também, quando conectado com os propósitos do direito penal, da criminologia e da política criminal, sem prejuízo da finalidade mor de garantir a marcha e a efetividade do processo em si.

O instituto da prisão preventiva passa, invariavelmente, pela unidade sistemática da ciência conjunta do direito penal. Especialmente, no que toca à concretização dos objetivos do processo penal que dizem respeito a busca da verdade material e realização da justiça, com a observância dos direitos humanos e da dignidade da pessoa<sup>117</sup>. Só assim será possível preservar os bens jurídicos individuais e coletivos. O processo penal, por excelência, deve estar sob permanente equilíbrio<sup>118</sup>.

No caso português, os requisitos e objetivos da prisão preventiva, do ponto de vista jurídico-dogmático e político criminal estão contidos na CRP. Essa, além de outros motivos, concorrem para que o direito processual penal seja considerado um direito constitucional aplicado.

Em síntese, há uma estreita relação entre o direito penal, o processo penal, a criminologia e a política criminal<sup>119</sup>. Com isso, o uso das medidas de coação reclama a observância da ciência dessa conjunta. Por meio de regras e princípios será possível realizar um enquadramento jurídico-constitucional da prisão preventiva.

---

<sup>115</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>116</sup> Segundo Graf, “Für die Wiederholungsgefahr ist eine hohe Wahrscheinlichkeit erforderlich” (*KarlsruherKommentar zur Strafprozessordnung*. Herausgegeben von Rolf Hannich. 7., Auflage. München: Verlag C. H., 2013, p. 660).

<sup>117</sup> Cf. SCHORN, Hubert; *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*. Bingen am Rhein: Luchterhand, 1963; cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, p. 27.

<sup>118</sup> Cf. GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques; *Procédure Pénale*. 9<sup>a</sup> édition. Paris: LexisNexis, 2013, p. 2.

<sup>119</sup> Para Alberto M. Binder, “la política criminal es, pues, un conjunto de decisiones (técnico-valorativas) relativas a determinados instrumentos. Sus instrumentos son muchos, pero sin duda son los principales las normas penales (que definen las conductas prohibidas e las sanciones a esas infracciones) y las normas procesales (que definen el modo como el Estado determinará que esa infracción ha existido, quiénes serán los protagonistas de ese segundo proceso de definición, quién será el sancionado y cuál será la clase o gravedad de esa sanción)” (p. 47 e ss.). Segundo Germano Marques, “É hoje a denominação usada para designar o critério orientador da legislação penal, bem como os projectos e programas sociais tendentes à prevenção do crime e controlo da criminalidade (...). Cada sistema jurídico-penal responde a uma determinada orientação político-criminal e traduz uma concreta política criminal, do mesmo modo que cada sistema jurídico responde a uma determinada orientação político-jurídica e traduz uma concreta política de direito” (*Direito Processual Penal Português*; ob. cit., p. 34-35).

## 2. O direito processual penal constitucional

Para Figueiredo Dias<sup>120</sup>, Gomes Canotilho<sup>121</sup>, Maria João Antunes<sup>122</sup> e Winfrid Hassemer<sup>123</sup> o direito processual penal corresponde a um direito constitucional aplicado. Com isso, os princípios constitucionais que dizem respeito às garantias do processo penal e

---

<sup>120</sup> Segundo Figueiredo Dias, “as relações expostas do direito processual penal com as concepções políticas fundamentais não põem só um problema interdisciplinar de conexão entre um pensamento estritamente jurídico – o do direito processual penal – a Ciência Política ou Teoria do Estado. Ao lado desta conexão há também a de dois ramos distintos do pensamento jurídico: o direito processual penal é, como se exprime H. Henkel, verdadeiro direito constitucional aplicado. Numa dupla dimensão, aliás: naquela, já caracterizada, derivada de os fundamentos do direito processual penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente” (*Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 74).

<sup>121</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 515.

<sup>122</sup> Leciona Maria João Antunes nesse sentido, ao aduzir que “o direito processual penal faz parte integrante da denominada ‘ciência total do direito penal’, onde se integra o direito penal em sentido amplo, a criminologia e a política criminal. É no direito penal em sentido amplo que, a par do direito penal (substantivo) e do direito da execução de penas e de medidas de segurança (direito penal executivo), se localiza o direito processual penal (direito adjetivo). Ao direito penal substantivo cabe dizer quando há crime e quais são as consequências jurídicas deste; ao direito penal processual penal cabe a regulamentação jurídica do modo como se investiga a prática de um crime e se determina o seu agente, em ordem à aplicação de uma sanção penal ou à resolução do conflito jurídico-penal de uma forma desviada da tramitação comum; ao direito penal executivo pertence a regulamentação jurídica da execução da pena e da medida de segurança decretada na sentença condenatória proferida em processo penal” (*Direito Processual Penal*, Almedina, 2016, p. 7).

<sup>123</sup> Cf. HASSEMER, Winfrid; *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995, p. 72. Segundo Rui Pinheiro e Artur Maurício: “Certamente pela consideração discutível de que o processo penal é um instrumento privilegiado na ofensa ou defesa das liberdades individuais, a Constituição de 1976 é o texto que na história do constitucionalismo português mais preceitos dedica ao processo penal” (cf. *A Constituição e o Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 22); cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Direito Processual Penal*. Clássicos Jurídicos. 1ª ed. 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 74-80; cf. ANTUNES, Maria João; “Direito Processual Penal – ‘Direito Constitucional Aplicado’”, *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra Editora, 2009, p. 745; cf. PEREIRA, R.; “Entre o ‘Garantismo’ e o ‘Securitarismo’ A revisão de 2007 do Código de Processo Penal”, *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra Editora, 2009, p. 250. Em outro sentido, com reservas a essa expressão, José de Faria Costa reconhece que a Constituição permanece como um referente normativo inarredável, porém vê *cum granus salis* essa “pã-constitucionalização”, dado que essa expressão (direito constitucional aplicado) teria um carácter redutor (cf. “Um olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal”, em *A Justiça nos dois lados do Atlântico. Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento. Lisboa, Novembro 1997., p. 187).

à prisão preventiva possuem eficácia imediata. Não dependem de regulamentação para gerarem efeitos, portanto.

Por exemplo, o princípio da presunção de inocência impõe limites e condições à prisão preventiva<sup>124</sup>, daí porque ela não pode ser imposta sem uma exigência processual de natureza cautelar e sem um tempo razoável de duração.

O manejo da prisão preventiva também sujeita-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*)<sup>125</sup>, dado que esse, sem embargo da sua expressa previsão no art. 193º, n.º 1, do CPP, consiste sobretudo num princípio inerente ao Estado de direito e de grau constitucional (*Verfassungsrang*)<sup>126</sup>.

Esses princípios, considerados centrais para o direito constitucional contemporâneo, importam sobremaneira para o processo penal. Por exemplo, será materialmente inconstitucional uma prisão preventiva, cuja duração supere o *quantum* da pena de privação da liberdade prevista no Código, dado a clara violação à relação de proporção que deve subsistir entre a necessidade da prisão cautelar e o grau de punição exigido pela norma penal.

Decerto, as garantias processuais possuem um *status* constitucional, na medida em que diversas delas estão na Constituição. Por isso, Schroder vê o StPO como uma lei de execução da Lei Maior (*Grundgesetz*)<sup>127</sup>.

Enfim, o direito processual penal relaciona-se de maneira muito próxima com a Constituição, de modo que a história do constitucionalismo se confunde com o próprio percurso do processo penal, motivo porque “a cada nova ordem constitucional, um novo direito processual penal”<sup>128</sup>. Por isso, tornou-se um direito constitucional aplicado,

---

<sup>124</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, p. 27.

<sup>125</sup> MEYER-GOßNER, Lutz; *Strafprozessordnung*, p. 507.

<sup>126</sup> FISCHER, Thomas; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. Herausgegeben von Rolf Hannich. 7., Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2013, p. 36.

<sup>127</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian; VERREL, Torsten; *Strafprozessrecht*. 7., Auflage. München: C.H. Beck, 2017, p. 24.

<sup>128</sup> De acordo com o escólio de Gomes Canotilho e Vital Moreira, “Os princípios constitucionais do processo penal têm vindo a aumentar e a aperfeiçoar-se, podendo afirmar-se que a CRP é um bom exemplo de que a história das constituições escritas é igualmente a história da codificação constitucional dos princípios materiais do processo criminal. Em termos práticos, isso traduz-se no alargamento do direito constitucional processual penal, implicando um maior número de «questões de inconstitucionalidade» referentes a normas criminais adjectivas, com a conseqüente ampliação da competência dos tribunais (e, em particular, do Tribunal Constitucional) para conhecer deas (são numerosíssimas as espécies jurisprudenciais



sobretudo por conta da proteção aos direitos fundamentais<sup>129</sup>. É impensável, dentro dessa ordem de ideias, cogitar um processo penal sem seu espectro constitucional.

Garantir os direitos individuais é função do processo penal<sup>130</sup>. Está na base do *giusto processo*<sup>131</sup>, caracterizado pela presunção de inocência, pelo direito de defesa, por um prazo razoável, pelo direito a um advogado, pelo juiz imparcial, pela licitude da prova e pelo direito ao *habeas corpus*. Sem embargo de outros que substanciam um legítimo Estado de Direito democrático.

Antes da vigente CRP<sup>132</sup>, poucos eram os preceitos constitucionais afetos ao processo penal. Ela, contudo, promoveu vários avanços, de vez que passou a dispor sobre mais regras processuais penais. Para além da estrutura acusatória, houve um “cuidado em não deixar para a lei ordinária a regulamentação do critério de admissibilidade da prisão preventiva, remetendo apenas para ela em matéria de prazos e condições”<sup>133</sup>.

No caso da prisão preventiva, deve-se considerar, primeiramente e primordialmente, os parâmetros constitucionais, dado que lá estão “as exigências – constitucionalmente consagradas, de forma expressa, para a prisão preventiva, mas que devem valer para toda e qualquer medida de coacção”<sup>134</sup>.

Aliás, os artigos que cuidam dela no CPP (191.º a 193.º) são praticamente projeções diretas dos princípios jurídico-constitucionais<sup>135</sup>. O art. 28.º traça as diretrizes do instituto da prisão preventiva. Lá está posto, por exemplo, seu carácter excepcional. Com isso, somente quando outras medidas são incapazes de cumprir o respectivo desiderato cautelar, a prisão preventiva poderá ser decretada.

---

relativas a este preceito, sendo as mencionadas em «referência» apenas uma pequena amostra)” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 515).

<sup>129</sup> GASPAR, António Henriques; Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 15. N. 2. Abril-Junho 2005. Coimbra: Coimbra Editora, p. 259.

<sup>130</sup> BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*. 11., Auflage. München: C. F. Müller, 2010, p. 4.

<sup>131</sup> TONINI, Paolo; *Manuale di Procedura Penale*, p. 40.

<sup>132</sup> Sobre a evolução do processo penal no bojo das constituições portuguesas cf. BARREIROS, José António; *Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 49.

<sup>133</sup> PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur *Ob. cit.*, p. 22.

<sup>134</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorte de; *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, p. 27.

<sup>135</sup> FARIA COSTA, José de; *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, p. 55.

Está previsto também que a prisão preventiva deve ser decidida por um juiz. Naturalmente, imparcial e independente<sup>136</sup>. Essa decisão supõe a garantia do direito de defesa. Com clareza, a CRP determina que cabe a ele “conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa” (art. 28.º, n.º 1).

Sem embargo, o TC português pode conhecer de qualquer questão relacionada à prisão preventiva<sup>137</sup>, porque diz respeito ao direito à liberdade de locomoção, bem como possui regulação constitucional.

Não é de causar surpresa essa conexão entre a Constituição e as normas do processo penal, na medida em que subsistem normas que dizem respeito a direitos, liberdades e garantias que se desenvolvem para uma espécie de “constituição processual penal”<sup>138</sup>.

O art. 32º, da CRP, nesse sentido prevê as “garantias de processo criminal”, que constituem as diretrizes daquilo que se pode considerar como marco do processo equitativo em Portugal<sup>139</sup>.

Em resumo, o direito processual penal não corresponde a um direito meramente instrumental de aplicação do direito penal<sup>140</sup>, mas revela um conteúdo de mútua complementariedade funcional com aquele<sup>141</sup>, com garantias constitucionais individuais objetivas, sob o influxo dos direitos humanos pactuados em diversos documentos internacionais reconhecidos em Portugal.

---

<sup>136</sup> Cf. Acórdão n.º 338/1999; Acórdão n.º 297/2003 e Acórdão n.º 129/2007.

<sup>137</sup> Em relação à Constituição anterior, a diferença entre os pressupostos concernentes à prisão preventiva, relativamente ao art. 8º, §3º, da Constituição de 1933, diz respeito à limitação dessa medida aos crimes mais graves, considerando, para tanto, o *quantum* da pena em abstrato prevista no Código Penal. Na verdade, o problema da prisão preventiva em relação à Constituição de 1933 consistia na inversão da lógica, pois autorizava a “prisão sem formação de culpa” caso o imputado não demonstrasse os requisitos da liberdade provisória.

<sup>138</sup> MARQUES, Germano; *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª edição. Org. Jorge Miranda e Rui Medeiros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 709.

<sup>139</sup> Segundo Germano Marques da Silva e Henrique Salinas, “o preceito deve ser interpretado à luz do denominado processo equitativo, na designação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos ou do *due process of law*, na fórmula da jurisprudência norte-americana, envolvendo como aspectos fundamentais a consideração do arguido, como sujeito processual a quem devem ser assegurados todas as possibilidades de contrariar a acusação, a independência e imparcialidade do juiz ou tribunal e a lealdade do procedimento” (*Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª edição. Org. Jorge Miranda e Rui Medeiros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 710).

<sup>140</sup> Cf. ANTUNES, Maria João; *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 8.

<sup>141</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Direito Processual Penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 28.

Esse complemento, a propósito, não deixa de ser mútuo em relação ao próprio processo penal. No caso da prisão preventiva, cabe ponderar se a consequência jurídica do crime prevê pena de prisão tanto em abstrato quanto em perspectiva. Em abstrato, pois o art. 202º, n.º 1, do CPP, exige nesse sentido. Em prognose, porque seria desproporcional prender alguém preventivamente quando na hipótese de superveniente condenação, essa não implicar pena de prisão.

Basta consultar, nesse sentido, o que dispõe o art. 193º, do CPP, quando consigna que as medidas de coação devem ser “proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas”.

Em tese, não caberá prisão preventiva, quando no juízo de prognose da pena de prisão, essa seja passível de substituição, nos termos do art. 43º, do CP, ou quando previsível a suspensão da execução da pena, *ex vi* do art. 50º, do CP.

Além disso, caso antevista em perspectiva uma pena concreta não superior ao *quantum* de (cinco) 5 anos de prisão, não será lícito impor uma prisão preventiva à guisa de medida de coação, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade (art. 193º, CPP).

Tem-se, portanto, um exemplo nítido de complementariedade mútua funcional entre o direito material e o direito processual penal. Isso significa dizer que o processo penal tanto repercute para o direito penal, quanto o direito penal repercute para o processo penal. Em síntese, subsiste uma mútua dependência.

Não podemos esquecer, porém, que o processo penal, por si só, representa um gravame para quem responde uma persecução criminal<sup>142</sup> ou, como escreve Malcolm Feeley, cuida-se de uma verdadeira punição<sup>143</sup>.

Ele carrega consigo consequências, não só para o arguido, mas para a vítima e pessoas que a cercam<sup>144</sup>. Principalmente para a vítima de um crime e para a sociedade, pois ambas esperam uma resposta das instituições em relação ao delito, resposta essa necessariamente relacionada aos fins da justiça e da segurança. Portanto, o processo penal

---

<sup>142</sup> LIBARONA, Mariano Cúneo; GARRIDO, Augusto Nicolás; *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Directores ALMEYRA, Miguel Á; BÁEZ, Julio C., Coordinador Adrián R. Tellas. 1ª edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 55.

<sup>143</sup> *The Process is The Punishment. Handling cases in a lower criminal Court*. New York: Russel Sage Foundation, 1979, p. 199

<sup>144</sup> Cf. LIBARONA, Mariano Cúneo; GARRIDO, Augusto Nicolás; *idem, ibidem*.

é indispensável à construção de uma comunidade pacificamente organizada (restabelecimento da paz jurídica rompida com o crime).

Fazendo uma comparação entre o processo penal e o processo civil, Willian Stuntz observa que os institutos inerentes ao processo penal estão praticamente todos constitucionalizados, especialmente o *substantive due process*, que está consagrado na Primeira Emenda<sup>145</sup>.

Claus Roxin, oportunamente, coloca que *Das Strafverfahrensrecht ist der Seismograph der Staatsverfassung*, ou seja, concebe o direito processual penal como um sismógrafo da Constituição, na medida em que as mudanças substanciais da estrutura política, de igual sorte, reverbera na condução do processo penal<sup>146</sup>.

Schroeder e Verrel registam que com frequência os tribunais recorrem à Lei Maior para interpretar o direito processual penal. Por exemplo, o TC alemão invocou o art. 2º, da GG (*Grundgesetz*) para limitar e de maneira geral fixar a regra da rapidez do processo, ou seja, da não demora em matéria de prisão preventiva (*Gebot besonderer Beschleunigung in Untersuchungshaftssachen, BVerfGE 42, 11*)<sup>147</sup>.

Com isso, um processo penal que contenha medida de coação concernente à prisão preventiva não pode, naturalmente, durar o mesmo tempo que um processo penal sem essa particularidade. Está em questão a liberdade de locomoção de uma pessoa à primeira vista inocente, à luz do princípio da presunção de inocência, razão pela qual o processo necessariamente exigirá maior celeridade em sua tramitação.

No processo penal contemporâneo, a Constituição ocupa, portanto, uma posição de destaque, quer por ser norma de hierarquia suprema, quer por envolver direitos

---

<sup>145</sup> “Criminal procedure is almost completely constitutionalized; civil procedure is not. Meanwhile, the substance of the law of crimes is not very reavily constitutionalized; neither is the substance of the law of everything else. Those substantive restraints that exist – for instance, the First Amendment and equal protection doctrine, not to mention the famous cases that go under the label ‘substantive due process’ – apply, with a few exceptions, to everything the government does. That is, they apply to the civil and criminal spheres alike” (*idem*, p. 40-41)

<sup>146</sup> Cf. Claus Roxin, *in verbis*: “Da infolgedessen im Strafverfahren die Kollektiv – und Individualinteressen in nirgendwo sonst anzutreffender Schärfe miteinander in Widerstreit treten, ist di vom Gesetz hier getroffene Interessenabwägung sympotomatisch für das in einem Gemeinwesen allgemein gültige Verhältnis von Staat und Individuum: Das Strafverfahrensrecht ist der Seismograph der Staatsverfassung! Seine hierin liegende politische Aktualität bedeutet zugleich, dass jede wesentliche Verschiebung in der politischen Struktur (namentlich eine Veränderung des Staatsgefüges) auch zu Umgestaltungen des Strafverfahrens führt” (ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*. 29., Auflage. München: C.H. Beck, 2017, p. 9).

<sup>147</sup> *Strafprozessrecht*, p. 25.

fundamentais<sup>148</sup>. Tem-se, nitidamente, uma função político criminal, qual: limitar os poderes do Estado no exercício do *ius puniendi*.

Sabe-se que uma das metas do processo penal consiste em investigar a verdade a respeito do fato punível, com isso permitir a justa punição do suspeito<sup>149</sup>. Porém, essa apuração não pode ser realizada a qualquer preço, senão protegendo a dignidade humana e os direitos fundamentais do arguido. Ou seja, *Gerechtigkeit kann es nicht um jeden Preis geben*<sup>150</sup> ou *das Strafprozessrecht fordert nicht die Wahrheitsfindung um jeden Preis*.

Em resumo, a verdade não pode ser descoberta a qualquer preço<sup>151</sup>. O custo, neste caso, consiste no respeito ao processo penal equitativo, pautado por um conjunto de princípios constitucionais (*Faires Verfahren ou fair trial*)<sup>152</sup>.

Kai Ambos divisa o *fair trial* (art. 6º, da Convenção EDH), aliás, como o princípio mais importante dos direitos processuais<sup>153</sup>.

Essa constitucionalização do processo penal é importante também por outras razões, especialmente por colocar a pessoa humana no centro da preocupação normativa constitucional<sup>154</sup>, uma vez que a Constituição tem como propósito organizar as instituições políticas, bem como proteger os direitos fundamentais, pois não se pode considerar o arguido somente como objeto do processo<sup>155</sup>, mas sobre tudo como um sujeito processual<sup>156</sup>.

---

<sup>148</sup> Cf. SENDRA, Vicente Gimeno; *Derecho Procesal Penal*. 1ª Edición. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 61.

<sup>149</sup> TIEDEMANN, Klaus; *Derecho Penal y Derecho Penal Procesal*, p. 134.

<sup>150</sup> BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*. 11. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 3.

<sup>151</sup> KREY, Volker; HEINRICH, Manfred; *Deutsches Strafverfahrensrecht. Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung*. 2., Auflage. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2019, p. 6.

<sup>152</sup> Cf. SCHÄDLER, Wolfram; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*. Herausgegeben von Rolf Hannich. 6., Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2008, p. 2710.

<sup>153</sup> *European Criminal Law*, p. 83.

<sup>154</sup> Cf. SCHORN, Hubert; *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*. Bingen am Rhein: Luchterhand, 1963, p. 16.

<sup>155</sup> Francesco Carnelutti, com percuciência, escreve que “considerar o homem uma coisa; pode-se ter uma forma mais expressiva da incivilidade? Mas é aquilo que acontece, infelizmente, nove entre dez vezes no processo penal. Na melhor das hipóteses aqueles que se vão ver, fechados em jaulas como os animais do jardim zoológico, parecem homens de mentira ao invés de homens de verdade. E se, todavia, alguém percebe que são homens de verdade, parece-lhe que são homens de uma outra raça ou, quase de um outro mundo. Este não lembra, quanto sente assim, a parábola do publicano e do fariseu, nem suspeita que a sua é justamente a mentalidade do fariseu: eu não sou como este. O que precisa, ao contrário, para merecer o título de homem civilizado, é derrubar este comportamento; somente quando conseguirmos dizer sinceramente, ‘eu sou como este’, então verdadeiramente seremos dignos de civilização. Para tentar provocar esta mudança de mentalidade, procuraremos juntos compreender o que é um processo penal” (*As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Edijur, 2010, p. 8-9).

<sup>156</sup> Nesse sentido Fischer, para o qual “Der Angeklagte darf nicht Objekt des Verfahrens sein; ihm muss vielmehr die Möglichkeit gegeben werden, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des

Na esteira do que decidiu o TC alemão<sup>157</sup>, o acusado é um sujeito do processo, circunstância essa que lhe confere um estatuto com direitos e deveres<sup>158</sup>, por isso mesmo, diferente daquela concepção da idade média, quando tratado exclusivamente como objeto de investigação.

Na verdade, esse *status* resulta do princípio da dignidade da pessoa humana. O Estado não pode considerar ninguém sob uma perspectiva instrumental, ou seja, a pessoa não pode ser meio, mas fim do processo. Em resumo, o acusado não poderá mais ser tido apenas como objeto do processo penal, mas também como um sujeito de direitos e deveres inerentes a sua nova posição jurídica<sup>159</sup>.

Em relação ao arguido, caso exista suspeita fundada da prática de um crime, na esteira do que prevê o artigo 58º e 61º do CPP, deve ser assim constituído, tornando-se sujeito do processo<sup>160</sup>. Com isso terá o direito de consultar a investigação, ainda que em segredo de justiça, naquilo que interessa a sua defesa e exercer o contraditório, nos limites do que estatui o artigo 194º, n.º 6, *b*) do CPP.

Essa constituição como arguido, segundo Maria João Antunes, consiste em “uma garantia dada àquele que vê dirigir-se contra si um processo penal, sendo devidamente formalizada no decurso da tramitação processual”<sup>161</sup>. Todavia, malgrado a posição de sujeito processual, segue como objeto do processo, na medida em que relacionado à prova, bem como destinatário de medidas de coação, como a prisão preventiva<sup>162</sup>.

---

Verfahrens Einfluss zu nehmen (BVerfGE 63, 380, 390)” (*Karlsruher Kommentar Strafprozessordnung*, p. 50). Também nessa direção, Maria João Antunes: “É desta forma que o artigo 60º do CPP dispõe sobre a posição processual do arguido, com um conteúdo que vai ao encontro de um processo penal de estrutura acusatória, onde o arguido assume o papel de sujeito processual” (*Direito Processual Penal*, p. 37).

<sup>157</sup> Segundo Kühne, “Des Beschuldigte – nach Anklageerhebung auch als Angeschuldigter, nach Eröffnung des Hauptverfahrens auch als Angeklagter bezeichnet, § 157 – steht im Mittelpunkt des Strafverfahrens. Seine Rechtsstellung wird dadurch gekennzeichnet, dass er nicht nur bloßes Untersuchungsobjekt – wie im Inquisitionsprozess, der vom Mittelalter bis hinein in das 19. Jahrhundert in unterschiedlichen Ausprägungen galt – sondern gleichzeitig ein mit Rechten und Pflichten versehenes Prozesssubjekt ist” (*Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*. 8. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2010, p. 70).

<sup>158</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, p. 27.

<sup>159</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge; *idem*, p. 27.

<sup>160</sup> Cf. ANTUNES, Maria João; *O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação*. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Org. Costa Andrade, Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes. Coimbra: Coimbra Editora p. 1250-1251.

<sup>161</sup> *Direito Processual Penal*, p. 38.

<sup>162</sup> Nesse sentido Maria João Antunes, para a qual “No Código de Processo Penal vigente, ao arguido é reconhecido o estatuto de sujeito processual penal, ao mesmo tempo que é visto como objeto do processo

A República portuguesa é baseada, acima de tudo, na dignidade da pessoa humana<sup>163</sup> (art. 1.º, CRP). Ela é o valor base, uma premissa para a condição de sujeito. Malgrado possua um conceito mais ligado à filosofia ou à teologia, tornou-se um princípio constitucional com sua positivação<sup>164</sup>.

Em particular, há uma singularidade, no que se refere à proteção da dignidade essencial da pessoa humana tal como prevista na *Grundgesetz*. É que a Lei Fundamental Alemã de 1949 começa seu discurso jurídico com a inviolabilidade da dignidade humana, antes, inclusive, de abordar o sistema político<sup>165</sup>.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 inicia sua declaração com o discurso referente à República Federativa<sup>166</sup>, ou seja, regulando o modelo de Estado e o sistema político. Também, a Constituição da Argentina de 1994, quando cuida inicialmente da República, do modelo federativo e do sistema político representativo<sup>167</sup>.

Já a *Grundgesetz* reconhece a proteção à dignidade da pessoa humana em sua primeira mensagem jurídico-constitucional<sup>168</sup>. *Die Würde des Menschen ist unantastbar*.

---

penal, quer enquanto meio de prova, quer enquanto objeto de aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial (artigos 60.º e 61.º, n.º 3, alínea c), do CPP). Esta dupla faceta – o arguido como sujeito e como objecto do processo penal – vem, afinal, a corresponder à necessidade de, por um lado o processo penal dever respeitar os direitos fundamentais do cidadão, aqui incluído o arguido, e de, por outro, dever ter ao seu dispor os mecanismos necessários para uma eficaz administração da justiça penal – condição de obtenção da descoberta da verdade material e do restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa com a prática do crime, finalidades também apontadas ao processo penal” (*O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido a medida de coacção*, p. 1248-1249).

<sup>163</sup> Art. 1.º Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>164</sup> SCHORN, Hubert; *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, p. 19.

<sup>165</sup> Sobre cf. HOFMANN, Hasso; La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. IV Serie - LXXVI – 1990. Milano: Giuffrè editore, p. 620-650.

<sup>166</sup> Art. 1.º. Art. 1.º 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.

<sup>167</sup> Art. 1.º. Artículo 1o.- *La Nacion Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana, federal, segun la establece la presente Constitucion*.

<sup>168</sup> Para demonstrar o porquê disso, parece oportuno transpor as conclusões de Mário Reis Marques: “Verdadeiramente paradigmático é o art. 1.º da Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949. Afirma-se nele, de forma solene e enfática, que a ‘A dignidade do ser humano é intangível. Todos os poderes públicos têm a obrigação de a respeitar e de a proteger’. O facto de a dignidade do homem se sobrepor à democracia e ao pluralismo em termos de proeminência tem uma justificação histórica. A dura experiência alemã mostra que os piores atentados à dignidade do homem podem ser cometidos por um poder político legitimado, no seu início, pela via democrática. Daí que seja aquele o valor essencial a preservar. A partir da revisão de 1955, a Constituição portuguesa de 1933 menciona-a, igualmente, a propósito do estabelecimento

*Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*, diz o artigo 1º. Essa redação influenciou, por exemplo, a Carta de DFUE<sup>169</sup>, porque praticamente reproduziu o mesmo conteúdo<sup>170</sup>. Com isso, nada no Estado pode superar o valor da dignidade humana. É, portanto, um princípio regulativo primário da ordem jurídica<sup>171</sup> ou como sentença Figueiredo Dias, “o primeiro de todos os princípios jurídico-constitucionais”<sup>172</sup>.

Para Barja de Quiroga, o processo penal constitui o sistema utilizado para realizar o *ius puniendi*<sup>173</sup>. Por meio dele, busca-se investigar a prática de um fato delitivo, bem como a determinar o autor e demais partícipes, para em seguida impor uma pena ou medida de segurança, com a respectiva execução. Para ele, “el derecho de penar es lo que constituye el objeto primordial de todo el proceso penal”<sup>174</sup>.

Figueiredo Dias se reporta ao direito processual penal como “a regulamentação jurídica da realização do direito penal substantivo, através da investigação e valoração do comportamento do acusado da prática de um facto criminoso”<sup>175</sup>.

Paolo Tonini coloca que a lei processual penal regula o procedimento mediante o qual se acerta se foi cometido um crime, se o imputado é o autor, e em caso positivo, qual pena deva-lhe ser aplicada<sup>176</sup>. Essa exigência de revelar o crime e de aplicar a sanção é ditada pela necessidade de proteger a sociedade contra o perigo da delinquência.

Porém, ao mesmo tempo em que se predispõe a ser um instrumento de verificação do crime e seu cometimento pelo acusado, impõe-se a tarefa de defender o imputado

---

da ‘melhoria das condições de vida das classes mais desfavorecidas’”(A Dignidade Humana: Minimum Invulnerável ou Simple Cláusula de Estilo? *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Volume IV. Org. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 2010, p. 412).

<sup>169</sup> BOROWSKY, Martin; *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 82; cf. MOURA RAMOS, Rui Manuel; A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais. *Estudos de Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 65-94.

<sup>170</sup> HÖFLING, Wolfram; *Grundgesetz Kommentar*. Herausgegeben von Dr. Michael Sachs. 4 Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2007, p. 77.

<sup>171</sup> TC português, Acórdão 105/90, de 29 de março de 1990; Acórdão 105/90 de 1990.

<sup>172</sup> *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, p. 27.

<sup>173</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Derecho Penal. Parte Geral*. 2ª edición. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 3-28.

<sup>174</sup> *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Quinta Edición. Pamblona: Editorial Aranzadi, 2012, p. 175-178.

<sup>175</sup> *Direito Processual Penal*. Clássicos Jurídicos. 1ª ed. 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 28.

<sup>176</sup> Cf. *Manuale di Procedura Penale*. Sedicesima edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2015.



inocente do perigo de uma condenação injusta<sup>177</sup>. Paulo Tonini, nesse sentido, considera que “le due esigenze hanno pari importanza”<sup>178</sup>. Ou seja, essas exigências têm importância paralela.

Por isso mesmo, pensar o direito processual penal significa, com não menos importância, meditar sobre as razões, sentido e escopo do direito penal<sup>179</sup>, sem descuidar claro do espectro de proteção constitucional destinado a quem quer que seja, arguido ou não, em respeito à dignidade da pessoa humana, bem como ao Estado de direito democrático<sup>180</sup>.

Sem dúvida, a realização do direito penal material corresponde a uma finalidade precípua do processo, sem desconsiderar seu dever de preservar as garantias jurídico-

---

<sup>177</sup> Segundo o professor de Firenze: “I definitiva il processo penal, nell’applicare la legge sostanziale, deve perseguire contemporaneamente la funzione di tutelar ela società contro la deinquenza e di difendere l’accusato dal pericolo di una condena ingiusta” (TONINI, Paolo; ob. cit., p. 3).

<sup>178</sup> Para Paulo Tonini: “Non deve indurre in errore la considerzione secondo cui l’esigenza di tutela della società contro il delinquente riguarda tutti I cittadini e, perciò, costituisce un interesse pubblico, mentre la difesa dell’accusato è oggetto di un interesse privato. Da ciò non si può dedurre che la difesa della società debba prevalere sulla difesa dell’imputato. È evidente che tutti i cittadini sono indirettamente interessati a che l’imputato abbia gli strumenti processual che gli permettano di ottenere l’accertamento dei fatti in suo favore; infatti a ogni cittadino potrebbe accadere di essere accusato, pur essendo innocente o avendo commesso un fatto meno grave di quello prospettato da colui che lo acusa Pertanto l’interesse pubblico riferibile alla generalità dei cittadini. Le norme processuali devono assicurare insieme la protezione della società e la difesa dell’imputato. Sta di fatto che la protezione della società è realizzata con mezzi che impediscono o ostacolano la difesa dell’imputato; ad esempio, il segreto investigativo tende ad impedire che l’imputato, o la banda criminale a cui appartiene, possano inquinare le prove o eliminare i testimoni. Mai l medesimo segreto investigativo può impedire all’imputato di dimostrare che le prove raccolte dall’accusa sono inattendibili o che le fonti non sono credibili. Il limitare le possibilità di difesa può ridurre il pericolo di assolvere il colpevole, ma aumenta il rischio di condannare l’innocente o di irrogare pene sproporzionate. Viceversa, l’ampliamento dei diritti di difesa agrava il pericolo che siano assolti i colpevoli. La difficoltà di coordinare le due esigenze contrapposte sta anche nel fatto che, prima della sentenza irrevocabile, non è possibile stabilire se l’imputato è innocente o colpevole” (ob. cit., p. 3).

<sup>179</sup> Mais uma vez, convém expor as sempre lúcidas considerações de Jorge de Figueiredo Dias: “Do exposto deriva que a relação entre direito penal e direito processual penal é, sob diversos pontos de vista, uma relação mútua de complementariedade funcional que, só ela, permite também concebê-los como participantes de uma mesma unidade. Disto é por exemplo expressão a circunstância de tanto as nossas Ordenações como a *Constitutio Criminalis Carolina*, de Carlos V, e a generalidade dos tratamentos científicos, portugueses ou estrangeiros, até ao séc. XIX, abrangerem, sem distinguir, o direito penal e o direito processual penal. Assim, logo a conformação teleológica fundamental do direito penal substantivo exercerá uma enorme influência na concepção do direito processual penal respectivo. E não só, acrescente-se, a sua conformação fundamental: mesmo relativamente a problemas processuais os mais concretos ficam o seu sentido e a sua solução dependentes de uma certa tomada de posição da parte do direito substantivo, de tal modo que alterações deste (mesmo mínimas) se comunicam, por vezes com força potenciada, ao direito processual penal” (*Direito Processual Penal*. Clássicos Jurídicos. 1ª ed. 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 28-29).

<sup>180</sup> Cf. MAIER, Julio B. J.; Demokratischer Rechtsstaat, Strafrecht und Strafverfahren. *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Ulrich Sieber, Gerhard Dannecker, Urs Kindhäuser, Joachim Vogel und Tonio Walter. München: Carl Heymanns Verlag, 2008, p. 1223.

processuais-constitucionais do cidadão ameaçado em sua liberdade. Entretanto, essa não era a tônica que prevalecia.

Por exemplo, para Francesco Carnelutti, o processo penal tinha como fim comprovar os delitos e determinar as penas<sup>181</sup>. Giovanni Leone, por seu turno, divisava nele um complexo de normas que disciplinavam a aplicação da pena. Tudo com base no princípio *nullum crimen, nulla poena sine iudicio penali*<sup>182</sup>.

Hélio Tornaghi, por sua vez, considerava o processo penal como uma sequência de fatos, atos e negócios jurídicos impostos ou dispostos à averiguação do crime e da autoria, bem como julgar a possível ilicitude e culpabilidade<sup>183</sup>.

Entretanto, essa visão estreita não encontra mais eco no processo penal constitucional.

Decerto, caso o processo penal não tencione, de igual sorte, preservar os direitos individuais e restabelecer a paz jurídica<sup>184</sup>, ou seja, sem direcionar seu esforço para além da busca da verdade material, corre-se o risco de se tornar um instrumento de poder abusivo e arbitrário, porque orientado a responsabilizar criminalmente alguém a qualquer preço.

É o que vem ocorrendo, por exemplo, em relação aos processos da Lava Jato no Brasil. O STF, em mais de uma decisão, reconheceu a nulidade do processo, por violação aos direitos fundamentais<sup>185</sup>.

Com isso, segundo observação de Mário Ferreira Monte, deixa-se de realizar a esperada “justiça penal” para se transformar em uma gestão ordinária e eficiente de

---

<sup>181</sup> *Lezioni sul Processo Penal I*. Roma: Edizioni Dell'Ateneo, 1946, p. 38.

<sup>182</sup> *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Ottava Edizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1971, p. 5.

<sup>183</sup> *Curso de Processo Penal, ob. cit.*, p. 3.

<sup>184</sup> Para José de Faria Costa, paz em seu sentido jurídico, significa “aquele que encerra, simultaneamente, o sentimento de segurança individual e comunitário – cuja fronteira seria importante gizar – como, também, a expectativa – baseada no equilíbrio instável das relações sociais – de que a vida comunitária se apresente possível desde que se expresse num mínimo de estabilidade e que a consciência comunitária interiorize essa mesma dimensão” (*A caução de bem viver. Um subsídio para o estudo da evolução criminal*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1980, p. 36-37).

<sup>185</sup> Nesse sentido, a 2ª Turma do STF anulou um caso jugado no bojo da operação Lava Jato, por conta da violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa (Ag no HC 157.627) (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 1º-10-2019).

problemas<sup>186</sup>. No caso brasileiro, diríamos: uma gestão eficiente e ilegal de combate à corrupção.

Junto ao fim de regular a atuação do *ius puniendi*, o processo penal deve garantir os direitos fundamentais, proteger a vítima e ensejar a reinserção social do delinquente<sup>187</sup>. Ergue-se, nesse sentido, como um instrumento neutro de jurisdição, onde se aplica o chamado direito de punir e se declara o direito à liberdade de um inocente<sup>188</sup>.

O fim de proteger o cidadão contra uma investigação injusta e abusiva, *pari passu* o objetivo estatal de apurar os delitos cometidos e punir os culpados, seguem as diretrizes da respectiva política criminal adotada pelo Estado.

Por isso, convém sempre destacar a ideia da *gesamte Strafrechtswissenschaft*, ou seja, da “ciência total (ou universal) do direito penal”<sup>189</sup>, elaborada por Liszt, uma vez que inclui o conteúdo da política criminal dentro das considerações relacionados ao fenômeno da criminalidade<sup>190</sup>.

Em termos práticos, caso subsista uma política criminal que tencione promover penas alternativas, como prevê o CP português, essa deve ser a mesma política relacionada às medidas de coação. O TC português reconheceu, por exemplo, a pertinência do

---

<sup>186</sup> Escreve Mário Ferreira Monte, que “uma justiça que, em nome da vítima e da eficiência, passasse por cima de certas garantias constitucionais que asseguram, por mor do princípio da dignidade da pessoa humana, condições mínimas de defesa ao arguido, não poderia dar-se por esse nome. Poderia ser uma sistema de gestão ordinária (ou extraordinária, dependendo do ponto de vista) e eficiente de problemas, mas não aquilo a que sói chamar-se justiça penal” (Um olhar sobre o futuro do direito processual penal – razões para uma reflexão. *Que futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coord. Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Novera Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 417).

<sup>187</sup> *Derecho Procesal Penal*. 1ª Edición. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 45-46.

<sup>188</sup> Segundo Vicente Gimeno Sendra, “cualquier reforma procesal penal ha de alcanzar un ponderado equilibrio entre la necesidad de colonestar y afianzar el derecho del imputado a la presuncion de inocencia y a um proceso penal justo con el tambien derecho de todas las partes a un proceso penal eficaz, rápido o sin dilaciones indevidas” (*idem*, p. 47).

<sup>189</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados* 43 (1983).

<sup>190</sup> Sobre a proposta de Liszt, comenta Figueiredo Dias : “Assim, em jeito de conclusão, pode afirmar-se o seguinte: sabemos hoje, por um lado, que é à política criminal que pertence competência para definir quer no plano do direito constituído, quer do direito constituendo, os limites da punibilidade; como, por outro lado, que a dogmática jurídico-penal não pode evoluir sem atenção ao trabalho ‘prévio’ de índole criminológica. Mas também este não pode evoluir sem uma mediação político-criminal que lance luz sobre as finalidades e os efeitos que se apontam à (e se esperam da) aplicação do direito penal. Política criminal, dogmática jurídico-penal e criminologia são assim, do ponto de vista científico, três âmbitos autónomos, ligados porém, em vista do integral processo da realização do direito penal, em uma unidade teleológico-funcional. É a esta unidade que continua hoje a convir o antigo conceito de von Liszt de ‘ciência conjunto do direito penal’ (*Direito Penal. Parte Geral, Tomo I*, p. 41)

princípio da proibição do excesso (proporcionalidade em sentido amplo), para limitar medidas em descompasso com a política criminal do Estado português<sup>191</sup>.

Convém não esquecer, que há uma justa medida nas coisas. *Est modus in rebus, sunt certi denique fines*, dizia Horácio. Isto é, faz-se mister um exercício ponderado do poder. Por exemplo, caso o juízo de prognose da pena indicar uma substituição ou suspensão (arts. 43º e 50º, do CP), não cabe prisão preventiva. Trata-se, segundo Tritella, do princípio da *concordanza*<sup>192</sup>.

É comum, particularmente no Brasil, manter alguém preso suspeito de um crime contra o patrimônio cujo resultado do processo não indique em perspectiva uma pena de reclusão, dado o modelo normativo de cominação da pena contido no art. 59, do CP, sem embargo da insuficiência do sistema prisional, o qual não responde à demanda necessária à execução das penas privativas de liberdade.

De conseguinte, percebe-se que subsistem questões relacionadas ao direito penal dogmático (*quantum* abstrato da pena); ao direito processual penal, pois diz respeito a uma prisão preventiva; e de política criminal, na medida em que interfere na administração prisional.

Outrossim, os requisitos e objetivos da prisão preventiva, do ponto de vista jurídico e político criminal, relativamente à Portugal, estão contidos na Constituição de 1976, mais uma razão pela qual se considera o direito processual penal como direito constitucional aplicado.

Em último análise, o direito existe, tanto sob o ângulo histórico, quanto sob o ângulo político, para sobre tudo limitar o poder do Estado<sup>193</sup>. Por conta desse corolário, Zaffaroni sustenta que a função mais óbvia dos juízes penais e do direito penal é a contenção do poder punitivo<sup>194</sup>.

O jurista não pode ignorar esse paradigma, máxime nas ciências jurídico-criminais, sob pena de perder sua *ratio cognoscendi*. Alberto Binder, a propósito, chama

---

<sup>191</sup> Cf. Acórdãos n.ºs 205/2000, 187/2001, 491/2002, 73/2009 e 277/2016.

<sup>192</sup> *Apud* Paolo Tonini, La carcerazione cautelares per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria. *Le Fragili Garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*. Atti Del Convengno. Trento, 11-13 ottobre 2013. Milano: Giuffrè Editore, 2013, p. 67.

<sup>193</sup> BINDER, Alberto M; *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 2016, p. 38 e ss.

<sup>194</sup> *Idem*, p. 5.

isso de consciência jurídica<sup>195</sup>. Em resumo, num Estado democrático caberá ao direito limitar o poder público à vista de preservar a dignidade das pessoas<sup>196</sup>.

Claus Roxin, outrossim, destaca outra meta inerente ao Estado social<sup>197</sup>. Neste contexto, deve-se reconhecer, com o natural desenvolvimento do direito penal material, o efeito ressocializador do condenado que se inicia com o processo penal<sup>198</sup>. São, naturalmente, consequências diretas da Constituição e das convenções sobre direitos humanos.

É nesse sentido, aliás, a finalidade da pena no direito português. Por conta do art. 40º, n.º 1, do CP, resta expresso que “a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”. Tem-se, aqui, uma clara opção pela ressocialização do indivíduo, ainda que criminoso, por imperativo dos valores democráticos subscritos por Portugal.

Nesse diapasão, o processo penal reconhece na CRP e nas convenções de direitos humanos<sup>199</sup> o conteúdo normativo inaugural de qualquer desenho jurídico-institucional. Daí porque se pode afirmar, com toda segurança, que o direito constitucional se exteriorizará necessariamente a partir dos regulamentos processuais penais, sob pena de incogruência lógico-sistemática<sup>200</sup>.

Finalmente, pode-se sustentar que o direito processual penal constitucional mostra a face política do Estado, democrático ou não democrático, humanista ou não humanista, justo ou injusto, capaz ou incapaz de servir como instrumento de pacificação da sociedade e de construção do bem comum.

---

<sup>195</sup> *Ob. cit.*, p. 38 e ss.

<sup>196</sup> Cf. BENDA, Ernesto; Dignidad humana y derechos de la personalidad. *Manual de Derecho Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública: Madrid, 1996, p. 117.

<sup>197</sup> Sobre cf. WÜRTEMBERGER, Thomas; *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1970.

<sup>198</sup> Para Claus Roxin, “las llamadas metas del proceso sirven, especialmente, a la realización del Estado de Derecho. Teniendo em cuenta la evolución del Derecho penal material se deberá reconocer como outra meta del proceso a la pretensión propia de un Estado social dirigida a um efecto resocializador sobre el condenado, ya operante em el proceso penal” (*idem*, p. 5).

<sup>199</sup> TAMUSCHAT, Christian; *Human Rights. Between Idealism and Realism*. Oxford: Oxford Press, 2014.

<sup>200</sup> Em relação ao direito processual penal constitucional, comenta Costa Andrade: “Este direito constitucional penal cobre praticamente todas as áreas do sistema penal: desde o direito penal substantivo – indo a pormenores como a denegação de eficácia justificante à obediência hierárquica, nessa medida superando a controvérsia que até então vinha abrindo brechas na experiência doutrinal e jurisprudencial – ao processo penal, até ao direito penitenciário” (COSTA ANDRADE, Manoel da; *Constituição e Direito Penal, a Justiça nos dois lados do Atlântico*, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1997, p. 198).

Por esse quadro, pode-se verificar se as medidas de coação estão sendo efetivamente aplicadas levando em conta as regras constitucionais. No caso da prisão preventiva, condicionada aos requisitos contidos na CRP (arts. 27º e 28º).

Então, quando a prisão preventiva é imposta fora das hipóteses legais ou a vista de fins políticos<sup>201</sup> (como se deu, ao nosso ver, no caso Sócrates<sup>202</sup>, pois evidente que *in casu* inexistia risco de fuga e à obtenção de provas), rompe-se com os princípios jurídico-constitucionais da presunção de inocência (art. 32º, n.º 2, CRP) e do respeito à decisão de vontade do arguido (art. 32º, n. 8º, CRP).

### 3. As finalidades do processo penal no Estado de direito democrático<sup>203</sup>

De início, registre-se que os objetivos do processo penal são de natureza complexa. À primeira vista, parecem incompatíveis uns com os outros, de modo que uma finalidade possa ter que retroceder em relação a outra<sup>204</sup>. Por exemplo, no desiderato de descobrir a verdade material, recorre-se aos meios de prova que possam intervir na esfera dos direitos fundamentais, como nos casos de escuta telefônica, prisão preventiva e exames periciais.

Por muito tempo, o processo penal, sob uma perspectiva linear, ocupou-se estritamente da regulamentação do exercício jurisdicional do direito penal<sup>205</sup>. É claro que

---

<sup>201</sup> Na época da prisão preventiva de José Sócrates (Ex-Primeiro Ministro pelo PS), em novembro de 2014, o governo português estava sob o comando do PDS.

<sup>202</sup> Para uma consulta do Caso Sócrates cf. Processo n.º 122/13 (STJ). Foram diversos os *habeas corpus* impetrados em favor dele, porém rejeitados. Sua prisão preventiva se deu com base em indícios de crime de fraude fiscal, branqueamento de capitais e corrupção, bem como em função do risco de fuga e de perturbação da recolha e conservação da prova.

<sup>203</sup> Sobre a reforma do processo penal na Alemanha, cf. SCHÜNEMMAN, Bernd; *Strafprozessrecht und Strafprozessreform*. Berlin: De Gruyter, 2020.

<sup>204</sup> Nesse sentido Werner Beulke: “Die Ziele des Strafverfahrensrechts sind komplexer Natur. Sie können im Einzelfall sogar miteinander unvereinbar sein, mit der Folge, dass si gegeneinander abzuwägen sind und dann eine Funktion zu Gunsten der anderen zurückzutreten” (*Strafprozessrecht*. 10., völlig neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, p. 2); cf. DÖLLING, Dieter; *Über das Ziel des Strafverfahrens. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Christian Fahl, Eckhart Müller, Helmut Satzger e Sabine Swoboda. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 679.

<sup>205</sup> Essa, praticamente, corresponde à finalidade do processo penal para expressiva doutrina pré movimento constitucional. Em nome dessa concepção, por todos, E. Magalhães Noronha, segundo o qual “conceituamos o Direito Processual Penal como a disciplina jurídica que se ocupa com a atuação jurisdicional do Direito Penal” (*Curso de Direito Processual Penal*. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 4).

um dos seus objetivos consiste na realização do direito penal material<sup>206</sup>, afinal *nulla poena sine iudicio*.

Segundo Schroeder e Verrel, o processo penal serve para determinar, de modo seguro e confiável, o crime, o autor e a pena, sem embargo de prestar à confrontação do delito<sup>207</sup>. Na mesma direção Claus Roxin, segundo o qual o processo penal busca a determinação do direito penal material<sup>208</sup>, ainda que relacione outros objetivos do processo, como a proteção dos direitos fundamentais.

Decerto, no regente espaço constitucional, marcado pelo princípio democrático e da dignidade da pessoa humana, o processo penal traz consigo uma feição política, pois significa uma garantia de segurança do indivíduo contra o poder do Estado.

Todavia, Eduardo Correia reconhecia que houve um excesso na simples defesa da liberdade individual, com o sacrifício dos interesses processuais afetos à execução criminal, circunstância essa que na “aceitação plena desse princípio permitiria em muitos casos ao condenado subtrair-se à ação da justiça”<sup>209</sup>.

Porém, *das Ziel des Strafprozesses ist die Schaffung von Rechtsfrieden auf dem Wege des gewissenhaften Strebens nach Gerechtigkeit*, escreve Meyer-Goßner<sup>210</sup>. Numa palavra, o processo penal divisa a paz jurídica com a realização da justiça.

É certo que uma democracia implica necessariamente no controlo do poder punitivo, por meio de limites impostos pela legislação. Nesse sentido, compete ao processo penal regular de modo simultânea o *modus* de realizar da justiça e de proteção os indivíduos<sup>211</sup>.

---

<sup>206</sup> Cf. FISCHER, Thomas; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. Herausgegeben von Rolf Hannich. 6., Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2008, p. 2.

<sup>207</sup> *Strafprozessrecht*, p. 7-8.

<sup>208</sup> *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, p. 2.

<sup>209</sup> *Ob. cit.*, p. 138.

<sup>210</sup> *Strafprozessordnung. Beck'sche Kursz Kommentare*, p. 1.

<sup>211</sup> Segundo Antônio Pedro Melchior, “o processo penal, desde uma teoria crítica, surge (e só se justifica) como limite ao poder estatal, ao poder punitivo, na redução do arbítrio e na produção de práticas orientadas a racionalizar as respostas estatais aos desvios criminalizados. Dispositivo de contrapoder jurídico: esta é a natureza política do processo penal crítica em uma democracia real” (A Teoria Crítica do Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 2017. n. 128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 30).

Com o surgimento do direito à persecução penal pública, em substituição à justiça privada (vingança), tornou-se necessário erigir barreiras contra a possibilidade de abuso do poder estatal<sup>212</sup>.

O abuso do poder é inerente ao seu exercício, por isso a pertinência de limites normativos. Aliás, certas decisões, mesmo quando seguem o rito legalmente codificado, podem se tornar arbitrárias. Por exemplo, podem estar em consonância com as disposições do direito interno, mas violar as de direito externo, nomeadamente aquelas contidas nas convenções de direitos humanos<sup>213</sup>.

Para Rui Pinheiro e Artur Maurício, “quase não há um instituto de processo penal que não revele a sua intrínseca natureza política”<sup>214</sup>. No caso da prisão preventiva, quando ela não for direcionada à objetivos processuais penais de natureza cautelar, será contrária aos direitos fundamentais, sobre tudo ao princípio da presunção de inocência.

O processo penal, nesse sentido, concorre à preservação das garantias individuais. Ele carrega consigo, sem sombra de dúvidas, uma natureza política, posto que impede, por exemplo, a prisão de qualquer cidadão sem culpa formada.

Por isso que, prisões preventivas devem ser ponderadas *cum grano salis*, ou seja, com muita reserva, de modo a evitar Estados de exceção, quando franquias constitucionais são substituídas por pontuais movimentos políticos, como o discurso, muitas vezes difuso e inconsistente, de combate à corrupção, mas que em verdade respondem mais a interesses políticos, inclusive de integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> ROXIN, Claus; *Derecho Procesal Penal*. 25ª edición. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Ver. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 2.

<sup>213</sup> Cf. SCHABAS, William; *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford University Press, 2015, p. 232.

<sup>214</sup> Segundo Rui Pinheiro e Artur Maurício, “quase não há um instituto de processo penal que não revele a sua intrínseca natureza política e não seja, portanto, a expressão duma ideia que supera o plano da realidade prática e a espelhe em termos de orientação política” (*A Constituição e o Processo Penal*. Clássicos Jurídicos. Coimbra Editora: Coimbra, 2007, p. 12).

<sup>215</sup> No Brasil, há um fenômeno em curso. Muitos integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público passaram a concorrer a cargos eletivos ou deixaram seus cargos para ingressarem na carreira política. Por exemplo, o juiz Sérgio Moro que condenou o Ex-Presidente Lula, tornou-se Ministro da Justiça com a eleição do Presidente Bolsonaro; e o Governador Wilson Witzel do Rio de Janeiro, que deixou a magistratura para ser eleito Chefe do Executivo carioca. Por conta disso, tramita no Congresso brasileiro um projeto de lei que impõe uma espécie de quarentena eleitoral (seis anos) para candidatos oriundos do Judiciário e do MP (Projeto de Lei Complementar 247/2019).



Decerto, a liberdade representa um limite para a função estatal, razão pela qual o processo penal desempenha o papel de “instrumento de garantia dessa liberdade”<sup>216</sup>. É verdade, também, que há uma evolução, no sentido da proteção supranacional do indivíduo, sem embargo de subsistir uma preocupação hodierna com a eficiência do próprio processo penal<sup>217</sup>.

Por seu turno, Uwe Hellmann propõe as seguintes funções do direito processual penal dentro do Estado de direito: (a) realização segura do direito penal; (*Sicherung der Oerientierungs - und Befriedungsfunktion des Strafrechts*); (b) proteção do acusado (*Schutz des Beschuldigten*); (c) proteção dos envolvidos, principalmente a vítima (*Schutz der sonstigen Beteiligten, insbesondere des Opfers*)<sup>218</sup>.

Mario Valiante tem como certa a defesa da sociedade como um dos aspectos mais importantes do bem comum que o Estado deve promover, por isso a razão dele possuir autoridade. Porém, de maneira igual e essencial, compete ao mesmo Estado garantir os direitos individuais de quem integra a sociedade<sup>219</sup>.

Pedro Caeiro regista o termo usado por Christine Van den Wyngaert, que sem dúvida caracteriza muito bem essas funções paradoxais do direito penal e processual penal, uma função-espada que encerra a proteção de bens jurídicos por meio da restrição das liberdades individuais e uma função-escudo direcionada à proteção das liberdades individuais contra o poder repressivo do Estado<sup>220</sup>.

---

<sup>216</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; *Liberdades Públicas e Processo Penal. As interceptações telefônicas*, p. 2.

<sup>217</sup> DEU, Teresa Armenta; *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 10ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 31.

<sup>218</sup> *Strafprozessrecht*. 2., Auflage. Heidelberg: Springer, 2006, p. 1-7.

<sup>219</sup> Nessa direção, sustentou Mario Valiante: “La difesa della società è certamente uno degli aspetti più importanti del bene comune che lo Stato ha il compito di realizzare: anche per questo lo Stato è dotato di autorità. Ma ugualmente importante ed essenziale, e addirittura preminente, compito dello Stato è quello di garantire i diritti degli individui che compongono la società. Questa assicura alla persona umana la integrazione necessaria per il conseguimento dei suoi fini e per il suo sviluppo. Il rispetto dei diritti della persona è indispensabile per il suo progresso materiale, intellettuale e morale” (*Il nuovo processo penal. Principi Fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 1975, p. 30).

<sup>220</sup> Cf. ANTUNES, Maria João; COSTA, Joana Fernandes; ALFAIATE, Ana Rita; MONIZ, Helena; COSTA, Miguel João; *A agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias de defesa no Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português*. Org. Pedro Caeiro. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, 2015.

Segundo Maria João Antunes, o processo penal deve proporcionar a realização da justiça<sup>221</sup>, a descoberta da verdade material<sup>222</sup>, a proteção dos direitos fundamentais das pessoas e o restabelecimento da paz jurídica<sup>223</sup>. Esses são seus objetivos centrais dentro de um Estado de direito democrático.

De acordo com Volker Krey e Manfred Heinrich, o processo penal tem como funções a descoberta da verdade dentro de um processo equitativo e a realização da paz jurídica. Nesse sentido, pontuam que «*die Erforschung der Wahrheit in einem rechtsstaatlichen Verfahren ist zwar die primäre Funktion des Strafprozessrechts. Daneben geht es aber auch um die Schaffung von Rechtsfrieden durch rechtskräftige Entscheidung*»<sup>224</sup>.

Em outras palavras, as finalidades do processo penal consistem na descoberta da verdade<sup>225</sup>, na realização da justiça, na proteção dos direitos individuais e na restauração da paz jurídica rompida com o crime.

---

<sup>221</sup> No que toca à realização da justiça, parece-nos didática a explicação de Germanos Marques sobre os fins do processo penal, senão vejamos: “Interessa-nos aqui a perspectiva jurídico-processual. Nesta, à questão sobre para que serve o processo, a resposta imediata é a de que serve para a aplicação da lei penal aos casos concretos, tendo, por isso, como também já foi indicado, um valor instrumental bem preciso: que nenhum responsável passa sem punição (*impunitum non relinquitur facinus*) nem nenhum inocente seja condenado (*innocentum non condemnari*). Com indicar-se ao processo esta função instrumental, está já de algum modo a referir-se-lhe como finalidade a realização da Justiça que pressupõe a descoberta da verdade dos factos alegados na acusação e o restabelecimento da paz jurídica” (DA SILVA, Germano Marques; *Direito Processual Penal Português. Noções Gerais. Sujeitos Processuais e Objecto*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 24).

<sup>222</sup> Em sentido crítico ao “mito da descoberta da verdade”, opõe-se Salah Khaled Jr, sustentando, grosso modo, a impossibilidade de se obtê-la por meio do processo penal, além da vocação natural do processo à limitação dos poderes do Estado (cf. *A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Editora Atlas, 2013). No sentido da possibilidade de se obter a verdade, porém uma verdade processual (cf. BARROS, Marco Antonio de; *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010). Porém, quando há uma prova como uma imagem captada por uma circuito de imagem dando conta de modo preciso sobre a autoria do crime, não conseguimos nos convencer desse argumento.

<sup>223</sup> *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 14. No mesmo sentido, Manuel Monteiro Guedes Valente (*Processo Penal*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2004, p. 20-21); cf. DÖLLING, Dieter; *Über das Ziel des Strafverfahrens. Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe*. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 679.

<sup>224</sup> *Deutsches Strafverfahrensrecht. Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung*. 2., Auflage. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2019, p. 9.

<sup>225</sup> Cf. WOHLERS, Wolfgang; *Die Bedeutung der Wahrheit für das Strafverfahren. Rechtsstaatliches Strafrecht*. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C. F. Müller, 2017, p. 1375-1387.

Tais finalidades<sup>226</sup> correspondem às aspirações centrais<sup>227</sup> do processo penal, cujo alcance supõe um procedimento íntegro e livre de máculas. Ou seja, no seio de um processo equitativo.

Para Werner Beulke, justiça (*Gerechtigkeit*) e verdade (*Wahrheit*) constituem princípios orientadores do processo penal<sup>228</sup>. Isso se evidencia, no caso do processo penal alemão, na medida em que o § 244, n.º 2, do StPO prevê que para investigar a verdade o Tribunal pode *ex officio* diligenciar provas sobre todos os fatos e meios probatórios significativos à sentença (*Entscheidung*)<sup>229</sup>.

Figueiredo Dias, quando examina o fim do processo penal, consigna que “se criou o consenso, praticamente unânime e de que a nossa jurisprudência se faz eco, de que o verdadeiro fim do processo penal só pode ser a descoberta da verdade e a realização da justiça (ou mesmo só desta última, já que também perante ela surge a descoberta da verdade como mero pressuposto)”<sup>230</sup>.

Ocorre que realizar justiça e descobrir a verdade pode ir de encontro à proteção dos direitos individuais. É o caso dos métodos de obtenção de provas, buscas domiciliárias que podem envolver terceiros e não somente os investigados, ou circunstâncias bem mais íngremes, como a prisão preventiva<sup>231</sup>.

Segundo Manuel Valente, “ninguém aceita que se obtenham provas que ofendam a essencialidade da dignidade da pessoa humana, como através da ofensa da integridade física, métodos enganosos, da ingerência ilegítima e ilícita na vida íntima de outrem”<sup>232</sup>.

Em outro exemplo, no Brasil há um método de obtenção de provas muito questionável, pois indiferente, em nosso sentir, aos propósitos de realizar justiça e

---

<sup>226</sup> Para uma visão crítica da busca da verdade (um ideal impossível de se concluir na prática) ver MONTEIRO, Fernando Conde (O problema da verdade em direito processual penal (considerações epistemológicas)). *Que futuro para o direito processual penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coord. Mário Ferreira Monte. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 321.

<sup>227</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; *idem*, p. 20.

<sup>228</sup> BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*. 10., völlig neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, p. 3.

<sup>229</sup> § 244 *Beweisaufnahme* (1) *Nach der Vernehmung des Angeklagten folgt die Beweisaufnahme.* (2) *Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.*

<sup>230</sup> *Direito Processual Penal*, *ob. cit.*, p. 43.

<sup>231</sup> ANTUNES, Maria João; *ob. cit.*, p. 14.

<sup>232</sup> *Ob. cit.*, p. 20-21.

descobrir a verdade material. Trata-se da colaboração premiada prevista na Lei de Combate ao Crime Organizado<sup>233</sup>.

Notou-se que os colaboradores realizaram a delação premiada depois de muito tempo presos preventivamente. Essa prisão forçou, de alguma forma, a realização do acordo de colaboração<sup>234</sup>. Com isso, violou-se o princípio do respeito pela vontade de decisão do investigado, dado que essa prova foi obtida mediante coação. Sem embargo, restou claro que a prisão preventiva não baseou-se em uma exigência cautelar de natureza processual<sup>235</sup>.

Embora subsista corrente que sustente um “direito penal do inimigo”<sup>236</sup>, essa proposta não guarda nenhuma compatibilidade com a Convenção EDH, com o Pacto IDC e com a Convenção IDH, na medida em que o postulado da dignidade da pessoa não permite que o arguido ou suspeito sejam considerados inimigos, mas sujeitos processuais com direitos constitucionais garantidos, ainda que possam ser considerados também objeto do processo<sup>237</sup>.

Em relação à descoberta da verdade, há quem advogue, como Luhmann, que o processo não passaria de uma fórmula de solução ritualizada dos conflitos sociais, de modo que não seria capaz de descobri-la<sup>238</sup>.

---

<sup>233</sup> Lei n.º 12.850 de 2013.

<sup>234</sup> Pode-se observar essa constação no RHC 76-026 decidido pelo STJ que manteve a prisão preventiva decretada pelo juízo no bojo da sentença, dado que o réu, entre outras razões, descumpriu o acordo de colaboração premiada, *in verbis*: “(...)O quadro fático subjacente à espécie é o seguinte: o recorrente, até então preso preventivamente no âmbito da designada Operação “Lava-Jato”, celebrou acordo de colaboração premiada, em razão do qual obteve a concessão de sua liberdade. No ensejo da sentença, o magistrado de primeiro grau considerou ter havido violação, pelo recorrente, do acordo de colaboração, e, em consequência, decretou a sua prisão preventiva (...)”. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 16-10-2019.

<sup>235</sup> Registra Tomé García, a propósito, posição do STC nesse sentido: “Por el contrario, lo que em ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena (STC 41/1982), o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas de declaraciones de los investigados, etc (SSTC 128/1995, de 26 de julho; 191/2004, de 2 de noviembre; 333/2006, de 20 de noviembre...). En otras palabras, la prisión provisional no se puede utilizar por los jueces de instrucción como amenaza condicionada a la colaboración del detenido (ejemplo: amenazar con acordar el ingreso en prisión provisional si el investigado no colabora en la investigación) ni de forma punitiva (ejemplo: ingreso en prisión provisional durante un cierto tiempo para que el investigado se dé cuenta de las consecuencias de sus actos...). Tampoco la «alarma social» puede ser un criterio válido a los efectos de apreciar la necesidad de la prisión provisional (vid., sobre este tema, SSTC 47/2000, de 17 febrero; 191/2004, de 2 de noviembre...)” (*Curso de Derecho Procesal Penal*, p. 292-293).

<sup>236</sup> Cf. JAKOBS, Günther; *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 237.

<sup>237</sup> ANTUNES, Maria João; *idem, ibidem*.

<sup>238</sup> *Apud* CONDE, Francisco Muñoz; *La búsqueda de la verdad em el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 105-106. Na mesma direção, KÜHNE, Hans-Heiner (*ob. cit.*, p. 1).

Para Hassemer é difícil obtê-la, pois as “partes” no processo penal não estão no mesmo plano de igualdade. Além disso, o réu não tem a obrigação de dizer a verdade e o procedimento não pode ser *ad aeternum*. A sentença, por fim, deve ser exarada dentro de um tempo determinado<sup>239</sup>.

Segundo Ernest Beling, a verdade material reúne pressupostos fáticos com fidelidade histórica, circunstância característica de um processo inquisitório. Enquanto a verdade formal, centrar-se-ia naquela específica do processo, em tese podendo ser distinta da verdade histórica<sup>240</sup>.

À primeira vista, parece justo, para não dizer óbvio, que uma sentença condenatória só se legitime quando fundada na verdade histórica.

Michel Foucault, ao revés, desconstruiu essa proposta em seu livro *A verdade e as formas jurídicas*, pois considerou que o modelo inquisitivo da Europa medieval foi um meio de gestão e exercício do poder<sup>241</sup>.

Por outro lado, com o processo acusatório, buscar-se-ia democratizar o discurso, pois estruturado a partir do contraditório, de modo que nasceria um novo modelo de concepção da verdade, em que o verdadeiro passa a ser o melhor justificado, dizia Foucault<sup>242</sup>.

O processo penal deve buscar a verdade material, porque é uma condição *sine qua non* à realização da justiça. Sem isso, será impossível pacificar a sociedade. Trata-se de

---

<sup>239</sup> CONDE, Francisco Muñoz; *idem, ibidem*.

<sup>240</sup> *Apud* Tomás Vives Antón (“El Proceso Penal de la Presunción de Inocencia”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedida, 2004, p. 27).

<sup>241</sup> *Apud* Tomás Vives Antón, *idem*, p. 28-29.

<sup>242</sup> Segundo Tomás Antón: “En efecto, la idea de verdad material o histórica, sobre la que descansa la inquisitio, presupone una concepción descriptiva de la verdad: la verdad es algo que puede establecerse por un sujeto aislado con solo comparar el enunciado y la cosa, los hechos ocurridos y la descripción que se hace de ellos. Pero, ese modo de concebir la verdad, respecto al que la contradicción aparece como una mera exigencia externa, es tributario de una determinada estructura de poder, en al que éste – el poder – y aquélla – la verdad – se concentran en las manos del aparato estatal. De modo que con el tránsito de la inquisitio al proceso acusatorio ‘no se trata de liberar la verdad de todo sistema de poder – esto sería una quimera, ya que la verdad es, ella misma, poder’ sino de quitársela de las manos al aparato estatal, que la producía en virtud del dominio absoluto de la inquisitio y ponerla en las del Pueblo, como el modo democrático de gobierno exige. En consecuencia, es necesario un sistema de garantías, mediante el cual el ciudadano pueda oponer sus razones, en términos de igualdad, a las del aparato estatal: las nuevas relaciones de poder exigen una nueva configuración de la concepción de la verdad, de la que forme parte, como un momento interno, la exigencia de contradicción. Pues, a mayor abundamiento, la concepción especular de la verdad no tiene en cuenta que, cuando finaliza el proceso, los hechos han desaparecido y el espejo ya no refleja nada. Quedan sólo narraciones diversas entre las que el tribunal ha de optar valorando imparcialmente los diversos discursos justificados. De ese modo, verdadero pasa a ser, no lo que mejor se corresponde con lo que realmente ocurrió (que ya no nos es accesible); sino lo mejor justificado” (*ob. cit.*, p. 28-29).

uma de suas finalidades principais<sup>243</sup>. Igualmente, compete-lhe garantir os direitos individuais do arguido<sup>244</sup>.

Destarte, o processo penal deve apurar a verdade concernente ao fato punível e punir o autor somente quando os fatos são considerados provados, consoante prevê, por exemplo, o § 267, do StPO<sup>245</sup>. Em tese, a verdade não traduz um fim em si mesmo, mas um meio termo, pois se quer esclarecer a suspeita do fato que pesa contra o arguido. Só assim será possível uma sentença indicadora de paz jurídica<sup>246</sup>.

O restabelecimento da paz jurídica<sup>247</sup> (*Befriedungsfunktion*)<sup>248</sup>, nesse sentido, revelar-se-ia por meio de uma sentença ditada pelo Poder Judiciário que concluísse, de maneira consistente e segura pela condenação ou absolvição do acusado; de tal modo, que a comunidade se convença sobre a realização da justiça e de que o “crime não compensa”.

O processo penal será lícito quando efetivamente cumprir os seguintes propósitos: a) viabilizar a realização do direito penal material dentro das regras e fatos circunstancialmente demonstrados; b) limitar a intervenção das autoridades na persecução penal, a fim de tutelar a liberdade do indivíduo; e c) por fim buscar, com a sentença, a restauração da paz jurídica quebrada com o crime cometido<sup>249</sup>.

Registe-se, outrossim, que somente aquelas provas obtidas regularmente autorizam a formação da culpa. Isto é, recolhidas desde que respeitem os direitos

---

<sup>243</sup> CONDE, Francisco Muñoz; *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, p. 107.

<sup>244</sup> COOK, Helena; *Preventive Detention – International Standards and the Protection of the Individual*, p.1.

<sup>245</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus; *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Versión española Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 134; cf. WESSLAU, Edda; Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess. *Streitbare Strafrechtswissenschaft*. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag. Berlin: De Gruyter, 2014, p. 996.

<sup>246</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus; *ob. cit.*, p. 134.

<sup>247</sup> De acordo com Manuel Valente, “a prática ou suspeita da prática de um crime cria um alarme social que se agudiza face à criminalidade organizada, deletando a paz jurídica aceite pela comunidade, que se alcança com a responsabilização dos culpados e com a absolvição dos inocentes, que deve ser atingida com a maior celeridade possível” (*idem, ibidem*).

<sup>248</sup> Segundo Ranft, “Das Strafprozeßrecht dient der Wiederherstellung des Rechtsfriedens, der durch eine geschene oder vermutete Straftat gestört ist. Das Strafprozeßrecht ist darauf angelegt, die Tat aufzuklären und den staatlichen Strafanspruch, der aus den Vorschriften des materiellen Strafrechts erwächst, festzustellen und durchzusetzen. Eine Befriedungsfunktion tritt aber auch dann ein, wenn eine unter den förmlichen Voraussetzungen des justizförmigen Verfahrens geleitete Untersuchung zu dem Ergebnis führt, daß sich der Tatverdacht nicht erhärten läßt, oder daß- in Fällen leichterer Kriminalität – statt einer stigmatisierenden Strafe Auflagen und Weisungen als ausreichend erscheinen, den Täter von weiteren rechtswidrigen Eingriffen in Rechtsgüter abzuhalten” (*Strafprozeßrecht*, p. 2).

<sup>249</sup> ROXIN, Claus; *Strafverfahrensrecht*, p. 2.

fundamentais<sup>250</sup>, de maneira que as provas proibidas não podem ser consideradas à guisa de condenação (*Beweisverbote*)<sup>251</sup>.

Vê-se, então, que o fim do processo penal é complexo, pois na verdade são vários fins, na medida em que deve, concomitantemente, condenar o culpado e proteger o inocente. Implica dizer, construir um processo distante de qualquer abuso de poder e capaz de restaurar a paz jurídica<sup>252</sup>.

Julio Maier, por sua vez, divide as funções do processo penal em função formal e função material<sup>253</sup>.

No particular da função formal, essa diz respeito ao conjunto de normas potestativas que disciplinam o procedimento, ou seja, que disponham sobre o modo, o tempo e a forma com as quais os casos criminais sejam conduzidos ao término com as respectivas consequências jurídicas, bem como sobre órgãos e sujeitos processuais que concorrem ao mister da justiça penal<sup>254</sup>.

Entre as funções materiais, tem-se a realização do direito material; a proteção da pessoa e a recomposição da paz e da seguridade jurídica<sup>255</sup>. Deveras, o direito penal material não promove sua própria realização, depende para tanto do direito processual que diante de uma transgressão de natureza penal “indica el camino (serie de actos) necesario para averigar el contenido de verdade de esa afirmación y, en su caso, disponer la reacción (pena o medida de seguridade y corrección)”<sup>256</sup>. No caso da proteção pessoal, o processo penal impõe limites para que seja possível mitigar o abuso do poder, desde quando passou para o Estado o papel de promover a persecução penal<sup>257</sup>.

Em relação à função concernente a *recomposición de la paz y seguridade jurídicas*, Maier considera que toda regulação do procedimento inclina-se para uma decisão que solucione em carácter definitivo o conflito social relacionado à imputação penal<sup>258</sup>.

---

<sup>250</sup> FISCHER, Thomas; *Karlsruher Kommentar. Strafprozessordnung*, p. 76.

<sup>251</sup> Cf. PFEIFFER, Gerd; *Strafprozessordnung Kommentar*, p. 5.

<sup>252</sup> ROXIN, Claus; *Idem*, p. 4.

<sup>253</sup> *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 84.

<sup>254</sup> MAIER, Julio B. J.; *idem*, p. 93.

<sup>255</sup> *Idem*, p. 84.

<sup>256</sup> MAIER, Julio B. J.; *idem*, p. 85.

<sup>257</sup> MAIER, Julio B. J.; *idem*, p. 89.

<sup>258</sup> *Idem, ibidem*, p. 92.

Para Muñoz Conde, a busca da verdade está limitada pelos direitos humanos constitucionalmente reconhecidos e pelas leis processuais de todos os países de equivalente cultura<sup>259</sup>.

Na verdade, não é que essa busca encontre limite nos direitos individuais, mas um dos escopos do processo penal, com não menos importância em relação aos outros, diz respeito à proteção jurídica do cidadão, por meio de direitos individuais básicos, mesmo contra quem parea uma suspeita de prática criminosa.

Esta árdua missão, de harmonizar os fins do processo penal, tendencialmente contrapostos, faz dele um ramo interessante e desafiador. Isso se revela com mais precisão no caso das prisões preventivas. De um lado, o desejo de proteger o cidadão diante da delinquência, de outro preservá-lo de uma intervenção injusta do Estado<sup>260</sup>, escreve Muñoz Conde.

Sem dúvida, o processo penal é necessário à aplicação do direito penal. Também representa o principal campo de tensão entre a segurança do cidadão e a liberdade de quem se sujeita a um processo. Funciona, o processo penal, como instrumento de luta entre a criminalidade e a política criminal adotada pelos poderes públicos. Por isso mesmo, Faria Costa coloca que para além da proteção dos direitos, tem como meta a realização da justiça, a descoberta da verdade material, a fixação de uma pena ao culpado e o restabelecimento da paz jurídica.<sup>261</sup>

Francesco Carnelutti discorria sobre uma finalidade preventiva do processo penal. Nesse diapasão, chamava de finalidade preventiva do processo penal o propósito de impedir a realização do delito<sup>262</sup>.

Na verdade, seria um fim do direito penal que ele estende para o processo penal. O castigo, nesse sentido, seria a resposta necessária para contraestimular a reiteração criminosa. Daí porque, suprimir a possibilidade da ocorrência do crime corresponderia a

---

<sup>259</sup> *Ob. cit.*, p. 111..

<sup>260</sup> *Idem*, p. 4..

<sup>261</sup> “Um olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal”, em *A Justiça nos dois lados do Atlântico. Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento. Lisboa, Novembro 1997., p. 187.

<sup>262</sup> *Lecciones sobre El Proceso Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Vol. I. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002, p. 76.



chamada prevenção do crime. Essa prevenção seria contra uma pessoa específica, ou para os demais, quando se distinguiria entre prevenção especial e prevenção geral<sup>263</sup>.

Nessa direção, Carnelutti considera que a sociedade, para se contrapor ao perigo do crime, deve usar os meios chamados de “medidas de segurança”. Segundo ele, em termos de teoria geral, a medida de segurança é uma espécie de sanção preventiva, que traduz uma das categorias fundamentais da sanção<sup>264</sup>.

De todo modo, ele tem como importante, para estabelecer uma diferença entre pena e medida de segurança, o aspecto concernente ao caráter preventivo dessa e repressivo daquela<sup>265</sup>. Parece, demais disso, que tem razão quando pontua que carece de maturidade científica a distinção precisa entre medida penal repressiva e medida penal preventiva<sup>266</sup>.

Ocorre que tanto Portugal, quanto o Brasil, resolveram essa problemática inserindo a medida de segurança como uma espécie codificada de sanção penal<sup>267</sup>. Em resumo, para os imputáveis, uma pena que supõe culpa; para os inimputáveis, uma medida de segurança que supõe perigosidade.

Segundo Figueiredo Dias, «*medida de segurança é assim toda a reação criminal, detentiva ou não detentiva, que se liga à prática, pelo agente, de um facto ilícito-típico, tem como pressuposto e princípio de medida a sua perigosidade, e visa, ao menos primordialmente finalidades de defesa social ligadas à prevenção especial, seja sob a forma de pura segurança, seja sob a forma de (re)socialização*»<sup>268</sup>.

Em que pese isso, convém deixar claro que a prisão preventiva deve cumprir exigências processuais de natureza cautelar. Por essa razão, não pode servir a objetivos penais, ou seja, não pode ser imposta à vista de uma ideia de prevenção geral de

---

<sup>263</sup> CARNELUTTI, Francesco; ob. cit., p. 77.

<sup>264</sup> *Idem*, p. 77.

<sup>265</sup> *Idem*, p. 78.

<sup>266</sup> *Idem*, p. 79.

<sup>267</sup> Cf. ANTUNES, Maria João; *Penas e Medidas de Segurança*. Coimbra: Almedina, 2017. Segundo Figueiredo Dias, “o sistema das sanções jurídico-criminais do direito penal português vigente assenta, como é sabido, em dois pólos: o das penas e o das medidas de segurança. Logo neste sentido, pois, o nosso sistema é dualista, de dupla via ou de duplo binário, diversamente do que sucede em algumas ordens jurídicas do passado e continua ainda hoje, se bem que raramente, a suceder” (*Direito Penal Português. Parte Geral II. As consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 413).

<sup>268</sup> *Idem*, p. 415.

intimidação ou de prevenção especial<sup>269</sup>. Então a prisão preventiva, sobretudo por ser uma medida de coação processual, pressupõe uma concatenação com as finalidades do processo penal.

Também se admite a função de proteger a vítima e promover a reinserção social do delinquente<sup>270</sup>. Para além de punir o culpado, objetiva-se sua ressocialização, de modo que não pratique novos crimes<sup>271</sup>.

Para Walter Nunes, essa função justifica a natureza cautelar da prisão preventiva, quando ela almeja obstar a reiteração criminosa<sup>272</sup>. Porém, esse motivo, a bono da verdade, tem a ver com o restabelecimento da paz jurídica<sup>273</sup>.

---

<sup>269</sup> ANTUNES, Maria João; *O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção*, p. 1253.

<sup>270</sup> Segundo Teresa Armenta Deu, “En otros términos, el proceso penal es el único instrumento a través del cual puede aplicarse el Derecho penal. A esta finalidad de actuación del ius puniendi hay que añadir la función de garantía para el encausado frente al quehacer punitivo del Estado y desde outra perspectiva: la protección a la víctima del delito y la rehabilitación/reinserción social del delinquente” (*Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Octava edición. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 31).

<sup>271</sup> De acordo com Walter: “Ademais, a finalidade do processo principal, no ambiente criminal, não se contenta, apenas, em buscar a punição, mas a ressocialização e, enfim, que o acusado não pratique novos delitos ou continue desenvolvendo a sua atividade criminosa” (*Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*). 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 451).

<sup>272</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>273</sup> Nessa direção Maria João Antunes: “No Código de Processo Penal vigente, ao arguido é reconhecido o estatuto de sujeito processual, ao mesmo tempo que é visto como objecto do processo penal, quer enquanto meio de prova, quer enquanto objecto de aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial (artigos 60.º e 61.º, n.º 3, alínea c), do CPP). Esta dupla faceta – o arguido como sujeito e como objecto do processo penal – vem, afinal, a corresponder à necessidade de, por um lado, o processo penal deve respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, aqui incluído o arguido, e de, por outro, dever ter ao seu dispor os mecanismos necessários para uma eficaz administração da justiça penal – condição de obtenção da descoberta da verdade material e do restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa com a prática do crime, finalidades também apontados no processo penal. As medidas de coacção, muito embora estejam diretamente ligadas às duas finalidades acabadas de mencionar, aquelas de mencionar, aquelas que avultam quando consideramos o arguido como meio processual, têm o seu regime legal condicionado pela exigência de não ser postergada, sem mais, a outra finalidade do processo penal: a proteção dos direitos fundamentais das pessoas, muito concretamente o direito à liberdade (artigo 27.º, n.º 1, da CRP). Apelar nesta matéria, como em todas as outras do processo penal, para as três finalidades mencionadas, significa, por um lado, o reconhecimento da impossibilidade da sua integral harmonização e, por outro, a aceitação da tarefa difícil, mas viável, de operar a concordância prática das finalidades conflituantes. Uma tarefa que, no que diz respeito às medidas de coacção, encontra um critério decisivo no princípio da presunção de inocência do arguido até ao trânsito em julgado da sentença condenatória, princípio acolhido no artigo 32.º, n.º 2, da CRP, que ‘vincula estritamente à exigência de que só sejam aplicadas àquele as medidas que ainda se mostrem comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente’. Dqui derivando um conjunto de condições e de princípios, legalmente previstos, cuja inobservância, no momento da sujeição do arguido a medida de coacção, põe irremediavelmente em causa uma das mais importantes garantias de processo criminal com dignidade constitucional: todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado

Theodor Lenckner, há muito, sustentara esse propósito ressocializador em *Der Strafprozeßrecht im Dienst der (Re-)Sozialisierung*<sup>274</sup>. Para ele, o processo penal tem por fim promover, em relação ao condenado, sua reintegração social.

No entanto, parece-nos que ressocializar o delinquente corresponde a uma das funções da pena<sup>275</sup>. Precisamente, diz respeito à prevenção especial<sup>276</sup>. Segundo Figueiredo Dias, essa função da pena que tenciona a ressocialização versa sobre a doutrina da “prevenção especial positiva ou de socialização”, na qual se pretende evitar que o delinquente cometa novos crimes<sup>277</sup>.

No seu *Programa de Marburgo*, Liszt sustentou que a prevenção especial da pena reúne, em resumo, os seguintes propósitos: a) dar segurança à comunidade com o internamento do réu; b) intimidar o autor para que não cometa novos crimes; c) melhorar o réu para evitar sua reincidência<sup>278</sup>.

---

da sentença de condenação” (*O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação*, p. 1249-1250).

<sup>274</sup> *Apud* RODRÍGUEZ, Javier Llobet; *Prisión Preventiva. Límites constitucionales*. Lima: Editora y Librería Grijley, 2016, p. 227.

<sup>275</sup> Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal. Parte Geral*. Tradución y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 18.

<sup>276</sup> Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda; *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 315.

<sup>277</sup> Sobre a pena como instrumento de prevenção especial ou individual, comenta Figueiredo Dias: “As doutrinas de prevenção especial ou individual têm por denominador comum a ideia de que a pena é um instrumento de actuação preventiva sobre a pessoa do delinquente com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes. Neste sentido se deve falar de uma finalidade de prevenção da reincidência. Neste corpo teórico unitário, porém, divergências profundas surgem quando se pergunta de que forma deve a pena cumprir aquela sua finalidade (...). Em definitivo, do que deve tratar-se no efeito de prevenção especial é, bem mais modernamente, de – com respeito pelo modo de ser do delinquente, pelas suas concepções sobre a vida e o mundo, pela sua posição própria face aos juízos de valor do ordenamento jurídico – criar as condições necessárias para que ele possa, no futuro, continuar a viver a sua vida sem cometer crimes. Neste último sentido se podendo afirmar com justeza que a finalidade preventivo-especial da pena se traduz – e se traduz só – na ‘prevenção da reincidência’. Todas estas doutrinas se irmanam, todavia, no propósito de lograr a reinserção social, a ressocialização (ou talvez melhor: a inserção social, a socialização, porque pode tratar-se de alguém que foi desde sempre um dessocializado) do delinquente e merecem, nesta medida, que elas se considerem como doutrinas da prevenção especial positiva ou de socialização” (*Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. 2ª Edição. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 55).

<sup>278</sup> *Apud* ROXIN, Claus; ARZT, Gunter; TIEDEMANN, Klaus; *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Versión española Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomber. Barcelona: Editorial Ariel, p. 59-60.

Nesse sentido, Javier Rodríguez propõe, em consonância com Gerahrd Strate, que o correto consiste em considerar a função de prevenção especial como um objetivo do direito penal substantivo e não do direito processual penal<sup>279</sup>.

De qualquer modo, a vista da hodierna sociedade de risco, há que levar em conta, evidentemente, um processo penal voltado não só a tutela dos direitos individuais do arguido, mas também à tutela da vida em comunidade<sup>280</sup>.

É certo que a prisão preventiva quando tenciona impedir a reiteração, busca restabelecer a paz comunitária (*Befriedungsfunktion*), malgrado o risco de impô-la contra um inocente.

Não por menos, Sergue Guinchard e Jacques Buisson referem-se a elas como *concilier l'incociliable*<sup>281</sup>. Por essa razão, os princípios de aplicação das medidas de coação são as chaves, por meio das quais, será possível harmonizar as finalidades do processo penal.

Portanto, quando se decreta a prisão preventiva, a vista do perigo de perturbação da ordem e tranquilidade públicas ou continuação das práticas criminosas, tal como está posto no Código (art. 204º, *c*), do CPP) tem-se uma medida de natureza cautelar direcionada à restauração da paz jurídica<sup>282</sup>.

---

<sup>279</sup> RODRÍGUEZ, Javier Llobet; *Prisión Preventiva. Límites constitucionales*. Lima: Editora y Librería Grijley, 2016, p. 227.

<sup>280</sup> Sobre isso comenta Julio Maier, para quem: “De um Derecho penal direcionado hacia atrás, hacia la historia, basicamente orientado por la provocación de consecuencias desagradables en el mundo real cuando estamos em presencia de um comportamiento dañino, se ha pasado a um Derecho penal para tornar plausibles esos fines, pero, más allá de su eficiencia o ineficiencia – calidades que, lamentablemente, pesan más sobre el Derecho procesal penal - , se incluye entre ellos la proliferación de medidas de seguridad y corrección fundadas unicamente em la peligrosidad del autor, la elaboración de um Derecho penal como mera desobediência a la norma, la expansión inusitada de los delitos de peligro abstracto, fenómeno conseqüente con aquel concepto, la multiplicación de nuevos bienes jurídicos sin contenido material, también multiplicados y dejados a merced de la definición o fijación administrativa – con razón Hassemmer los ha llamado inconstitucionales -, las definiciones escassamente rigurosas de prohibiciones y mandatos penales, ya por exceso como por defecto del idioma empleado, normalmente del verbo típico, entre otros métodos que concurren al mismo fin. Al conjuro de ese Derecho penal, desnudamente preventivo, con pretensión de evitar riesgos em una sociedad que se caracteriza, precisamente, por lal multiplicación exponencial de los riesgos que ella misma crea, productos de la cultura y la obra humanas, bien llamada sociedade del riesgo, nace también um nuevo Derecho procesal penal, asimismo orientado hacia el futuro y hacia la prevención de riesgos” (*Derecho Procesal Penal. Tomo III. Parte General. Actos Procesales*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p. 388-389).

<sup>281</sup> Cf. *Procédure Pénale*. 9ª edition. Paris: LexisNexis, 2013, p. 2.

<sup>282</sup> ANTUNES, Maria João; *O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação*, p. 1253.

Em sentido contrário, Julio Maier observou que a prisão preventiva se tornou um meio utilizado à prevenção de crimes. Porém, para ele “ninguno de estos dos fundamentos justificantes se vincula de manera alguna a la seguridad o eficacia del procedimiento judicial. Ellos representan, antes bien, una transmisión directa de fines del Derecho penal preventivo al Derecho procesal penal, también preventivo, según veremos más adelante”<sup>283</sup>.

Maria João Antunes<sup>284</sup>, por outro lado, recorda que os meios de coação estão ao dispor das exigências cautelares de natureza processual, não podem por essa razão tencionar consequências que são invariavelmente das penas. É esta, aliás, a orientação do CPP (art. 191º, n.º 1).

Para Maria Fernanda Palma, há também uma relação entre o processo penal e a pena<sup>285</sup>. Ela sustenta que existem funções do processo penal próximas às funções da pena na perspectiva jurídico-dogmática. Um exemplo disso seria a “função penal implícita do processo penal”<sup>286</sup> de controle preventivo directo da actividade criminosa, que se equivaleria a função preventiva especial da pena. Neste ponto, desde que se impeça o controle abstrato da actividade criminosa ou somente a partir de dados do autor, torna-se-ia válida a prevenção especial da pena como função do processo penal, destaca a autora<sup>287</sup>.

---

<sup>283</sup> MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. Tomo III. Parte General*. Actos Procesales. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, P. 389.

<sup>284</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>285</sup> Segundo Maria Fernanda Palma, “Numa primeira conclusão, os fins das penas não têm de ser inevitavelmente alheios ao Processo Penal, mas o modo como se inserem legitimamente no processo necessita de ser articulado com o direito do arguido (e da sociedade) à suspeita sobre a acusação, ao seu controlo crítico exaustivo. A prevenção geral e especial ou mesmo a retribuição são inelutavelmente inerentes ao Processo Penal, não é realista negá-lo. O problema é apenas o de saber como é que no Processo Penal tais funções se fundamentam de modo adequado e proporcionado a uma fase pré-condenatória em que vigora a presunção de inocência. Trata-se, enfim, de fazer uma teoria das funções penais do próprio Processo Penal, em vez de o deixar livremente entregue à sua natural irracionalidade, ao mal da justiça, à consciência acusadora pré-crítica, procurando que ele se formule antes como instância racionalizadora da acusação” (O problema penal do processo penal. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004, p. 48).

<sup>286</sup> O problema penal do processo penal. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004, p. 44.

<sup>287</sup> Nesse sentido, escreve Maria Fernanda Palma: “Uma outra função penal implícita do Processo Penal é o controle preventivo directo da actividade criminosa. Esta função é, por vezes, empolada, atingindo os foros da utilização de verdadeiras medidas de segurança pré-condenatórias como acontece com certos critérios de determinação da prisão preventiva. Todavia, o controlo desse desvio, impedindo-se, por exemplo, que o perigo de continuação da actividade criminosa seja determinado em abstracto ou de acordo com o tipo de autor, tornará aceitável que o Processo Penal cumpra uma certa função preventiva especial, sendo proporcional, aí, a privação da liberdade” (*ob. cit.*, p. 44).

Embora sedutora, essa posição não se coaduna com o princípio da presunção de inocência, nada obstante a autora questione a própria efetividade desse parâmetro, porquanto não condiz com a própria realidade processual<sup>288</sup>.

Na verdade, o desrespeito ao estado de inocência não torna o princípio nulo e pressuposto do processo penal. Ao revés, compete sobretudo aos que militam na seara penal, reiterar e endossar esse princípio, no afã de reduzir suas mitigações que persistem na prática forense.

Sob um prisma criminológico, Malcom Feeley se aproxima dessa visão, na medida em que vê o processo como uma punição<sup>289</sup>. Porém, essa pena decorrente da simples existência de um processo penal, malgrado onerosa para quem responde, não deve ser considerada numa ótica jurídica, mas tão-somente numa ótica sociológica.

Fazendo um paralelo, Anabela Miranda Rodrigues, relativamente à função preventiva do direito penal, considera: “Rejeita-se, assim, que, em nome de qualquer euforia preventiva, se excluam princípios, como os do Estado de direito, da humanidade, da tolerância ou da culpa, que essencialmente garantem os direitos individuais contra exigências colectivas de segurança”<sup>290</sup>.

Esse raciocínio pode ser considerado sobre tudo em relação à aplicação da prisão preventiva. Isso porque, não se pode ignorar o princípio da presunção de inocência para impor esse tipo de medida de coação, mormente quando desnecessária, bem como em descompasso com as exigências processuais de natureza cautelar, como frustrar a fuga do arguido, a destruição das provas ou a insegurança do conjunto das pessoas.

Essa tensão está evidente na prisão preventiva, como escrevem Artur Maurício e Rui Pinheiro, pois se impõe a repartição equitativa de dois riscos<sup>291</sup>. Por isso mesmo, os requisitos da medida devem estar bem definidos e coerentes com os fins do processo<sup>292</sup>.

---

<sup>288</sup> Maria Fernanda Palma, considera que “no processo penal, só se discute, verdadeiramente, a não confirmação da culpa inerente ao facto ilícito. O arguido tem principalmente de demonstrar que não é culpado e, raramente o tribunal tem oportunidade e condições de analisar a culpa do arguido como problema central” (*ob. cit.*, p. 45).

<sup>289</sup> *The Process is The Punishment. Handling Cases in a Lower Criminal Court*. New York: Russel Sage Foundation, 1979, p. 276-277.

<sup>290</sup> *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, *ob. cit.*, p. 35.

<sup>291</sup> *Ob. cit.*, p. 89-90.

<sup>292</sup> Nessa perspectiva, Maria João Antunes: “Ao processo penal são apontadas três finalidades essenciais: a realização da justiça e a descoberta da verdade material, finalidades que são autónomas entre si; a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas (do arguido, mas também de outras pessoas); e o

Ela se faz necessária, especialmente para “salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, nomeadamente a realização da justiça e a descoberta da verdade material e o restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa com a prática do crime”, escreve Maria João Antunes.<sup>293</sup>

Vê-se, então, que os objetivos do processo são diversos. Não podemos, com isso, restringi-lo à proposta exclusiva de realizar o direito penal material. Há outras finalidades que caracterizam o Estado de direito democrático. Entre os quais, garantir os direitos individuais do arguido no curso do processo<sup>294</sup>.

Em resumo, por meio do processo penal, busca-se descobrir a verdade, realizar justiça, proteger os direitos fundamentais os envolvidos no processo e reconstruir a paz jurídica com a sentença. Consequentemente, a prisão preventiva só pode ser aplicada levando em conta tais finalidades.

Nesse sentido, o estudo da prisão<sup>295</sup> reclama o exame dos princípios jurídico-constitucionais, nomeadamente a presunção da inocência e a reserva do juiz, em conjunto

---

restabelecimento da paz jurídica (comunitária e do arguido) posta em causa com a prática do crime. Estas finalidades não são, porém, integralmente harmonizáveis, sendo antes de concluir, em geral, pelo seu ‘carácter irremediavelmente antinómico e antitético’”(idem, p. 14). Faria Costa, considera, por sua vez, que: “É, todavia, indesmentível, face aos dois ordenamentos que neste momento consideramos, que há que lhes reconhecer uma certa comunhão de objectivos, nomeadamente quando se trata da protecção de direitos fundamentais do cidadão perante o Estado, preocupação esta essencial para ambos. Apesar de ser objectivo e preocupação comum, nenhum deles reconhece a este seu fim valor absoluto. Na verdade, não só a Constituição introduz, ela própria, limitações a tais direitos, como também no campo do procedimento criminal, tais restrições são, sobremaneira, patentes. E são-no em especial, porque o processo penal para lá da protecção daqueles direitos, também visa a realização da justiça, a descoberta da verdade material, a aplicação de uma pena ao culpado, bem com, de jeito não dispiciendo, o restabelecimento da paz jurídica, colocada em causa pelo crime” (Um olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal, *A Justiça nos dois lados do Atlântico. Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Novembro, 1997, p. 187 e ss.).

<sup>293</sup> *Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 134.

<sup>294</sup> Segundo Claus Roxin, “Das Ziel des Strafverfahrens ist also komplexer Art: Die Verurteilung des Schuldigen, der Schutz des Unschuldigen, die aller Willkür entrückte Justizförmigkeit des Verfahrens und die Rechtsbeständigkeit der Entscheidung – alle diese Forderungen sind für ein rechtsstaatlich verfasstes Gemeinwesen gleichermaßen bedeutsam. Ihre gleichzeitige Verwirklichung und ihre Abwägung im Konfliktfall machen den Reiz und die Schwierigkeit dieses Rechtsgebietes aus. Darum kann der Strafprozess auch nicht wie ein Pfeil geraden Weges das Ziel erreichen. Er ist, weil er gegensätzlichen Ansprüchen Genüge tun muss, von vornherein dialektisch strukturiert und braucht bei gründlicher Berücksichtigung der verschiedenen Möglichkeiten und Standpunkte seine Zeit, bedarf aber wegen der mit dem Zeitablauf für Täter und Opfer schwindenden Eindrucksstärke des Urteils, der wachsenden Fehlerquellen vor allem des Zeugenbeweises und der im bloßen Verfahren liegenden Belastung des Beschuldigten tunlichster Beschleunigung” (*Strafverfahrensrecht*, p. 4).

<sup>295</sup> Jorge Miranda e Rui Medeiros deixam à evidência isto, quando destacam que “a restrição da liberdade é ainda rodeada de uma intensa garantia constitucional, verdadeiro penhor da defesa da liberdade contra o

com os princípios que regem sua aplicação, particularmente os princípios da legalidade, da necessidade, da adequação, da proporcionalidade e da subsidiariedade.

Embora não seja incompatível, o princípio da presunção de inocência impõe condições e limites à prisão preventiva<sup>296</sup>, como impedir, por exemplo, uma antecipação indevida de pena<sup>297</sup>.

De qualquer maneira, fica a seguinte questão. Como é possível conciliar as finalidades do processo penal quando orientados à prisão preventiva?

Uma possível resposta passa necessariamente pelos princípios jurídico-constitucionais e pelo balanceamento das valorações conflitantes<sup>298</sup>, necessários na incidência concreta, à concordância prática. Em particular, os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade serão decisivos para balancear os objetivos antagônicos do processo penal.

#### 4. O processo penal do equilíbrio

Então, nota-se que há uma relação conflituosa entre os fins do processo penal<sup>299</sup>. No entanto, ainda que contrários, o Estado de Direito democrático subsiste para proteger, simultaneamente e na mesma proporção, tanto o cidadão, quanto a sociedade<sup>300</sup>.

Para Figueiredo Dias, seria um primeiro problema do processo penal na democracia constitucional, pois nele «*se defrontam duas questões básicas da função*

---

abuso de poder e, por essa via, de uma real soberania do Direito na coordenação efectiva da liberdade individual e da autoridade social” (*Constituição Portuguesa Anotada*, p. 646).

<sup>296</sup> Sobre os conflitos que envolvem a prisão preventiva e o direito à liberdade, cf. ASHWORTH, Andrew; REDMAYNE, Mike; *The Criminal Process*. Third Edition. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 207-208.

<sup>297</sup> Cf. Segundo Thomas Fischer, “Die Unschuldsvermutung berührt nicht die Zulässigkeit von Strafverfolgungsmaßnahmen aufgrund bestimmten Verdachts, zB die vorläufige Festnahme oder U-Haft, Maßnahmen nach §119 Abs. 3 oder die Erhebung der strafrechtlichen Anklage, denn diese Maßnahmen bezwecken die Klärung des Tavorwurfs; sie sind für die Durchführung eines na rechtsstaalichen Grundsätzen orientierten Strafverfahrens unerlässlich (BVerfG NJW 1990, 2741)” (*Strafprozessordnung*. Karlsruher Kommentar, p. 37).

<sup>298</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português*, 131.

<sup>299</sup> Cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*, p. 2-5.

<sup>300</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português*, p. 132.



*protetora do Estado de Direito: protetora dos direitos humanos fundamentais, mas por igual protetora dos direitos fundamentais do conjunto de pessoas constituídas»<sup>301</sup>.*

Por exemplo, há uma clara tensão entre o princípio da presunção de inocência (proteção dos direitos individuais) e a prisão preventiva<sup>302</sup> (realização da justiça, descoberta da verdade e pacificação comunitária)<sup>303</sup>. Figueiredo Dias, nesse sentido, regista que compete ao Estado democrático garantir esse ponto de equilíbrio, ou do contrário, “resignar-se a perecer”<sup>304</sup>.

O processo penal, de facto, serve como meio técnico-jurídico cogente para determinar o fato criminoso e o responsável pela prática do ilícito penal, no afã de buscar a verdade material<sup>305</sup> e realizar a justiça concreta, com a punição do culpado ou a absolvição do inocente.

Porém, deve assegurar, com o mesmo grau de importância, a proteção dos direitos do cidadão investigado, como condição essencial à validade da persecução penal. Em síntese, buscar a verdade e fazer justiça, sem mitigar os direitos individuais do arguido. Buscar, em outras palavras, um equilíbrio entre os escopos do processo por meio de uma justa medida.

Gérard Piquerez, na mesma ótica, reconhece a dificuldade do regramento processual penal, na medida em que deve buscar um equilíbrio entre a proteção da sociedade (*protéger la société*) com a punição de todos os culpados e a proteção da liberdade individual (*protéger la liberté individuelle*) com a punição apenas dos culpados<sup>306</sup>.

---

<sup>301</sup> *Idem*, p. 132.

<sup>302</sup> Sobre o dilema da prisão preventiva, cf. JESCHECK, Hans Heinrich; KRÜMPELMANN, Justus; *Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht*, p. 933.

<sup>303</sup> Sobre a tensão entre a presunção de inocência e a prisão preventiva (*Die Untersuchungshaft im Spannungsverhältnis zwischen Unschuldsvermutung und wirksamer Strafverfolgung*), cf. MEINEN, Gero; *Handbuch zum Strafverfahren*, p. 326).

<sup>304</sup> *O Processo Penal Português: Problemas e Prospectivas*, p. 809.

<sup>305</sup> Cf. WOHLERS, Wolfgang; *Die Bedeutung der Wahrheit für das Strafverfahren. Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag. Herausgegeben von Frank Saliger*. Heidelberg: C. F. Müller, 2017, p. 1375.

<sup>306</sup> Segundo Piquerez, “L’établissement des règles de procédure pénale est source de difficultés, car face au crime, il convient de protéger la société en punissant tous les coupables, mais aussi de protéger la liberté individuelle en ne punissant que les coupables. D’où l’impérieuse nécessité de trouver le juste équilibre entre la répression et le respect des libertés fondamentales” (*Traité de procédure pénale suisse*. 2 édition. Genève: Schulthess, 2006, p. 39).

É claro que a ordem jurídica de um país no qual se insere o processo penal está pautada pela dimensão política e cultural daquela sociedade. Por isso, quem resolve estudar qualquer instituto jurídico a partir da segunda metade do século XX, perceberá uma preponderância da liberdade e da dignidade humana como linguagem normativa<sup>307</sup>.

Mario Valiante, no bojo de um novo processo penal, divisava uma nova história da humanidade: *l'era della libertà*<sup>308</sup>. Isso, em evidente resposta aos movimentos políticos de subtração das liberdades que ocorreram nas primeiras décadas do século XX. Portanto, o direito à liberdade e sua respectiva proteção, tornaram-se centrais dentro de um processo penal imerso nos direitos humanos.

Porém, como bem sintetizou Anabela Miranda Rodrigues, “hoje, como ontem, pede-se eficácia ao sistema de justiça penal”<sup>309</sup>. É consequência, sem dúvida, da percepção social da violência e da corrupção. Por isso, cada vez mais, toma conta em nossos dias uma política criminal pautada na segurança da população<sup>310</sup>.

Todavia, ela regista, com razão, que “absolutizada e erigida a segurança a «direito fundamental» do cidadão, cuja satisfação pode exigir do Estado, abre-se o caminho ao sacrifício ilimitado e arbitrário de direitos e liberdades fundamentais no altar do combate à criminalidade”<sup>311</sup>.

Para Faria Costa, dado que a prisão preventiva de um suspeito rivaliza com seu direito à liberdade, essa deve respeitar limites temporais, bem como ser revisada periodicamente, na esteira do que prevê o art. 28º, n.º 4 da CRP, regulado pelos arts. 213º e 215º, do CPP<sup>312</sup>. “Com isto, pretende-se significar que a sua liberdade há-de ficar o mais intocada possível, conciliando-a, todavia, com as suspeitas sobre a culpa, com a

---

<sup>307</sup> Com essa percepção Hubert Schorn, cf. *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, p. 13.

<sup>308</sup> *Il Nuovo Processo Penale. Principi Fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 1975, p. 1.

<sup>309</sup> Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Org. Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 225.

<sup>310</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda; *idem*, p. 214.

<sup>311</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>312</sup> Segundo Faria Costa, “uma vez que a sua natureza é altamente conflituante e restritiva do direito à liberdade, a aplicação da prisão preventiva deve obedecer a limites temporais, como claramente consagra o artigo 28º, n.º 4 da CRP, acolhido plenamente no código de processo penal, nos seus artigos 213º e 215º. O primeiro quanto ao reexame periódico dos pressupostos da prisão preventiva. O segundo quanto aos seus prazos de duração máxima. A aplicação das medidas de coacção é, em suma, tarefa a levar a cabo com ponderação, pois ela tem por objeto um indivíduo, uma pessoa, que se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença condenatória” (*Um olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal*, A Justiça nos dois lados do Atlântico, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1997, p. 194).

investigação e aplicação de medidas cautelares. Conciliando-a, em suma, com os fins do inquérito e com as finalidades da instrução”<sup>313</sup>.

Nessa direção, Figueiredo Dias considera conflituosa a natureza do processo penal, pois haverá um conflito entre o dever do Estado em produzir um processo penal eficiente, que se mostre adequado a impor decisões corretas *pari passu* aos direitos das pessoas a um processo penal capaz de preservar liberdades essenciais<sup>314</sup>.

Daí porque, «*sempre que alargue ou estreite a consistência de um direito fundamental relevante, o legislador processual penal estará inversamente a estreitar ou alargar a consistência de direitos fundamentais conflituantes; e, nesta medida, possivelmente a diminuir ou ao menos dificultar a eficácia do procedimento penal*»<sup>315</sup>, pontua Figueiredo Dias.

Essa questão se revela, principalmente nas medidas de coação. Para além de indicar potenciais violações aos direitos do homem, seu uso exige, como bem sintetizou Tereza Pizarro Beleza, “um delicado labor de concialização entre o respeito pelos direitos fundamentais, os objetivos de descoberta da verdade material e as expectativas comunitárias quanto à realização da justiça penal”<sup>316</sup>.

Tem-se, então, que do lado da *função-espada* está a busca da verdade e a realização da justiça e do lado da *função-escudo* está a tutela dos direitos fundamentais. Embora rivais, ambas devem ser garantidas pelo processo penal.

Contudo, não nos parece suficiente, muito menos persuasivo, consignar que a prisão preventiva é um “mal necessário” à eficiência da justiça<sup>317</sup>. Esse tipo de razão não

---

<sup>313</sup> FARIA COSTA, José; *Um olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal*, A Justiça nos dois lados do Atlântico, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1997, p. 194.

<sup>314</sup> Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. 30 anos do Código de Processo Penal. Ano 28. N.º 1. Janeiro-abril de 2018. Coimbra: Instituto Jurídico, 2018, p. 131.

<sup>315</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>316</sup> Prisão preventiva e direitos do arguido. *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 674.

<sup>317</sup> É o que afirma Mirabete, para o qual “a prisão preventiva, em sentido estrito, é a medida cautelar, constituída da privação da liberdade do acusado e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos legais, para assegurar os interesses sociais de segurança. É considerada um mal necessário, pois suprime a liberdade do acusado antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, mas tem por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena” (MIRABETE, Julio Fabbrini; *Código de Processo Penal Interpretado*. Décima Primeira Edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 790).

ostenta consistência normativa. Na verdade, uma prisão sem condenação ocorre porque há bens jurídicos em risco caso não decretada no curso do processo, porém não implica a mitigação da presunção de inocência, motivo porque impõe um regime jurídico diverso em relação à execução.

Para Hassemer, essa persecução penal *versus* garantias processuais; os objetivos do direito material *versus* os objetivos do processo penal; essas divergências ocultas nas questões básicas de política criminal e no sistema de direito penal, não só barram um acordo em relação às consequências, mas também as consequências que podem reger como critério de correção ou racionalidade<sup>318</sup>.

Com efeito, a prisão preventiva é uma medida de coação que implica em uma restrição ao direito à liberdade. Sem embargo, corresponde a um meio processual, cujo destinatário da medida ainda é considerado inocente. Daí, tem-se como necessário equilibrar os fins do processo, relativamente à prisão preventiva, a partir dos princípios que a orientam.

De toda sorte, não se pode deixar de observar, que a prisão preventiva, malgrado comprometa um direito individual fundamental, será necessária para salvaguardar os fins do processo penal, que deságuam no “restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa com a prática do crime”<sup>319</sup>.

Segundo Figueiredo Dias, “o movimento da globalização determinou alterações radicais do fenómeno da criminalidade e da realidade processual penal”<sup>320</sup>. De modo que,

---

<sup>318</sup> *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Trad. Patricia Ziffer. Buenos Aires: Ad-Doc, 1995, p. 106.

<sup>319</sup> ANTUNES, Maria João; *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 134.

<sup>320</sup> Na percepção de Figueiredo Dias: “Foi há pouco mais de vinte anos – quando se preparava a reforma global do Código de Processo penal português – que ocorreu, ou pelo menos se tornou visível, aquilo que alguns designam uma ‘ruptura epocal’ nas condições de vida do universo: o fim da modernidade e o começo da pós-modernidade, o fim da era da sociedade industrial e o advento da era da sociedade de risco. Tenha operado ali um ruptura ou antes uma simples evolução, uma coisa é segura. O movimento da globalização determinou alterações radicais do fenómeno da criminalidade e da realidade processual penal. Tratou-se sobretudo do surgimento de novos e grandes riscos – de riscos globais – que pesam sobre a humanidade e não podem subtrair-se à tutela penal (embora esta não deva constituir a forma única, nem sequer ‘avançada’ ou de primeira linha, da protecção): o risco atómico e químico, o aquecimento global, a destruição dos ecossistemas, a manipulação genética, a produção maciça de produtos defeituosos, a criminalidade altamente organizada dos ‘senhores do crime’ – que dominão à escala planetária o tráfico de armas e de drogas, de órgãos e mesmo de seres humanos – , o terrorismo regional e internacional, o genocídio, os crimes contra a paz e a humanidade. Sem esquecer ou minimizar as conquistas formidáveis dos últimos séculos em matéria de direitos humanos, impõe-se, perante este fenómeno, o reforço dos valores da solidariedade global, a celebração a nível planetário (se não for excessivo exprimir-me assim) de novos contratos sociais. Porque em causa está a própria subsistência da vida no planeta e se torna indispensável, se quisermos oferecer uma

para os riscos da criminalidade organizada e massificada, reclama-se do processo penal e dos seus institutos, como a prisão preventiva, o mesmo que se pede em relação ao direito penal, não só um ordenamento da liberdade, mas também um ordenamento da segurança, como destacou Anabela Miranda Rodrigues<sup>321</sup>.

Buscar, nesse sentido, uma “síntese do conflito garantia-eficácia” da justiça penal, por meio da proteção subsidiária dos bens jurídicos<sup>322</sup>. Por exemplo, a prisão preventiva é imprescindível, no desiderato de proteger os bens jurídicos contra lesões futuras que possam ser cometidas por um arguido contra quem pesa um juízo prognóstico de perigosidade positivo (*Gefahrenprognose*)<sup>323</sup>.

Por outro lado, o processo penal concorre à proteção dos inocentes, por isso a imperiosa cautela na imposição dessa medida<sup>324</sup>. Daí a cogente necessidade de sopesar os respectivos princípios de orientação e aplicação pertinentes à prisão preventiva<sup>325</sup>.

---

oportunidade razoável às gerações futuras, que a humanidade se torne em sujeito comum de responsabilidade pela vida” (*O Processo Penal Português: Problemas e Prospectivas*, p. 806)

<sup>321</sup> Segundo Anabela Miranda Rodrigues, “Perante os novos e grandes riscos da pós-modernidade, de que a criminalidade organizada é (apenas) um exemplo paradigmático, o que se pede ao direito penal é que não seja só um ‘ordenamento de liberdade’: isto é, um direito-limite às intervenções punitivas estaduais, porque esta seria a melhor forma de protecção dos direitos das pessoas. Pede-se-lhe que seja ‘também’ um ‘ordenamento de segurança’: isto é, um direito-limite dos direitos das pessoas. Que satisfaça, pois, ‘paradoxalmente’, duas ambições: que limite os poderes do Estado, em nome da protecção do direitos das pessoas; e que amplie os poderes do Estado, também em nome dos direitos das pessoas. Eficácia e protecção dos direitos fundamentais continuam a ser pólos de uma tensão que alimenta a(s) diferentes formas de) realização da justiça penal. Só que a protecção dos direitos fundamentais (obtida) à luz do valor segurança obriga a (re)encontrar novos equilíbrios para aquela polarização. Tudo está em continuar a fazer a síntese do conflito garantia-eficácia nos quadros do Estado de Direito. O ‘segredo’ reside em reverter à ‘fórmula paradigmática’ que desde há muito vem enunciando entre nós Figueiredo Dias, e que se traduz em atribuir ao direito penal ‘a função exclusiva de protecção subsidiária de bens jurídicos’. Trata-se, com isto, de assumir os princípios político-criminais da ‘intervenção mínima’ e de ‘ultima ratio’ que informam uma ‘política criminal racional’. E de retirar daí todas as consequências” (*Política Criminal – Novos desafios, velhos rumos*, p. 225-226).

<sup>322</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda; idem, p. 226.

<sup>323</sup> GRAF, Jürgen-Peter; *Karlsruher Kommentar. Strafprozessordnung*, p. 660.

<sup>324</sup> Segundo o escólio de Aury Lopes Jr., com relação à difícil coexistência entre a presunção de inocência e as prisões cautelares, deve-se preservar o valor da presunção de inocência, ainda que se possa pagar pelo preço da impunidade, pois consiste em uma opção protetora do indivíduo. Nesse sentido, advoga que: “É um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro)” (*Direito Processual Penal*. 11ª edição. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 803).

<sup>325</sup> Sobre o modo de aplicação dos princípios, cf. ÁVILA, Humberto; *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

Percebe-se com clareza a natureza contenciosa dos objetivos do processo penal, na medida em que seus propósitos se rivalizam<sup>326</sup>, sem que nenhum deva preponderar ou se anular; por isso o necessário equilíbrio. Para Figueiredo Dias, diz respeito ao «*conflito entre o dever do Estado de criação de um processo penal eficiente, capaz de em tempo cômputo alcançar decisões justas dos casos da vida, e o não menos indeclinável direito dos cidadãos a um processo penal que salvaguarde as suas liberdades essenciais*»<sup>327</sup>.

Por isso o dilema<sup>328</sup>, uma vez que a prisão preventiva implica na colisão entre o direito à liberdade pessoal do presumido inocente e a necessidade de uma medida coação que resguarde a segurança da sociedade, bem como o interesse dela na realização da justiça. Essa questão, para ser equacionada, dependerá de uma mútua compreensão das finalidades em choque à vista de uma harmonização parcial<sup>329</sup>.

Lembra Gimeno Sendra que por conta dessa peculiaridade, tem-se como necessária uma reforma do processo penal. Em primeiro lugar, concebida no bojo de um processo justo que supõe a consolidação de paradigmas processuais, bem como limitações importantes à ação do Estado<sup>330</sup>. Em segundo lugar, cabe o incremento de princípios relacionados à celeridade e eficácia ao processo penal. No entanto, muito embora importantes, mas devido a mora do processo legislativo democrático, as reformas processuais penais que surgiram contém ainda essas dubiedades entre a consolidação dos direitos humanos e a defesa social frente a persistente insegurança, por exemplo, causada pela ameaça terrorista<sup>331</sup>.

Portugal, com o CPP de 1987, deu um passo seguro na direção dessas finalidades. Lá está claro que o processo penal deve promover a realização da justiça, a proteção dos

---

<sup>326</sup> MEYER-GOßNER, Lutz; *Strafprozessordnung*, p. 1.

<sup>327</sup> *Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português*, p. 131.

<sup>328</sup> Segundo Jescheck e Krümpelmann, «*Bereits bei den formellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft macht sich das Dilemma der Freiheitsentziehung im Vorverfahren bemerkbar: die Schwere des Eingriffs verlangt nach einer sorgfältigen, die Eilbedürftigkeit der Maßnahme nach einer schnellen Entscheidung. Es kann daher nicht überraschen, wenn gerade Rechte, in denen die Verhaftung unter strenge Garantien gestellt ist, dem Haftbefehl kurzfristig geltende freiheitsentziehende Mandate vorschalten, die der Vorbereitung der eigentlichen Entscheidung über die Verhaftung dienen und geringeren formellen oder sachlichen Voraussetzungen unterliegen*» (*Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht*, p. 933).

<sup>329</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português*, p. 131-132.

<sup>330</sup> *Idem*, p. 49-50.

<sup>331</sup> GIMENDO SENDRA, Vicente; *Derecho procesal penal*, p. 49-50.

direitos individuais e a concretização da paz jurídica, malgrado possam parecer contrários se conduzidos unilateralmente.

Nesse diapasão, o CPP português enuncia em seu preâmbulo que «*o possível, e também – importa acenatá-lo – o desejável, é, assim, um modelo processual preordenado à concordância prática das três teleologias antinômicas, na busca da maximização alcançável e admissível das respectivas implicações*». Essa concordância prática significa uma harmonização dos valores contraditórios (no caso, os objetivos do processo penal), no afã de serem otimizados o máximo possível<sup>332</sup>.

Destarte, proteger a comunidade e o indivíduo contra quem pesa uma acusação são objetivos de equivalente importância dentro de um Estado de Direito democrático. Por isso, para haver um equilíbrio entre tais finalidades, particularmente em relação à prisão preventiva, essa deve ser manejada com base em um regime diverso do imposto à pena de prisão<sup>333</sup>.

Por exemplo, malgrado a necessidade da prisão preventiva, essa não pode impedir o exercício do direito à liberdade de expressão.

Imagine-se um político preso preventivamente, cuja opinião possa repercutir para um determinado partido no processo eleitoral, seria jurídico-constitucional impedi-lo de conceder uma entrevista aos meios de mídia?

De início, não se vislumbra qualquer razão para restringir o direito à palavra, contido no art. 26º, n.º 1, da CRP, sem embargo que o art. 28º não impõe ressalva dessa natureza ao regime jurídico-constitucional da prisão preventiva.

Se de um lado estão os direitos individuais do cidadão sujeito à persecução criminal do Estado que deve ser garantido por meio da jurisdição penal, especialmente a presunção de inocência e a dignidade essencial da pessoa. Do outro lado, está o interesse

---

<sup>332</sup> Sobre a concordância prática, Humberto Ávila discorre que “Nesse contexto, também aparece a concordância prática como finalidade que deve direcionar a ponderação: o dever de realização máxima dos valores que se imbricam. Esse postulado surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários. Daí se falar em dever de harmonizar os valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo. Como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles. A esse respeito, Dürig fala do dever de buscar uma síntese dialética entre as normas imbricadas, com a finalidade de encontrar uma otimização entre os valores em conflito” (*Teoria dos Princípios*, p. 147).

<sup>333</sup> Como ocorre na Alemanha, cf. SIEPMANN, Sarah; *Die Entwicklung einer gesetzlichen bases für das Recht der Untersuchungshaft, auf Bundes und auf Landesebene (Das BayUVollzG)*. Hamburg: Verlag Dr. Kováč, 2012; cf. SEEBODE, Manfred; *Der Vollzug der Untersuchungshaft*. Berlin: Walter de Gruyter, 1985.

da própria jurisdição penal de promover a realização da justiça com a descoberta da verdade material<sup>334</sup>, de modo a recuperar a segurança e a paz social rompida com o crime cometido<sup>335</sup>.

Então, caso a liberdade de expressão não coloque em risco o processo penal, não será lícito limitá-la. O preso preventivamente poderá, evidentemente, ser ouvido por órgãos de media sem contenções ao seu direito à palavra.

Para solucionar tais questões, os princípios deverão ser considerados, como o do balanceamento das valorações conflituantes<sup>336</sup>, o da proporcionalidade e o da dignidade essencial da pessoa<sup>337</sup>, de modo a preservar em um maior grau possível as finalidades do processo penal.

Figueiredo Dias, nesse sentido, pondera que «quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação legais, esteja em causa uma solução que ofenda a

---

<sup>334</sup> SOUSA, João Castro de; *Os Meios de Coação no Novo Código de Processo Penal*, p. 150.

<sup>335</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *O Processo Penal Português: Problemas e Prospectivas*, p. 819.

<sup>336</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Sobre a vigência do Código de Processo Penal Português*, p. 131.

<sup>337</sup> Segundo Figueiredo Dias: “Mas tal não é bastante, devendo, sempre que possível, levar-se ainda a cabo uma, por vezes muito complexa, operação de otimização (ou, na expressão de Hesse., de ‘concordância prática’) daquelas valorações conflituantes. Operação que, não obliterando a prevalência da valoração dominante, implica uma mútua compreensão das finalidades em choque, por forma a atribuir a cada uma a mais extensa eficácia, de cada finalidade salvando o máximo conteúdo possível, otimizando os ganhos e limitando as perdas axiológicas e funcionais. O critério geral desta operação reside assim não simplesmente na validação integral da finalidade preponderante à custa da de menor hierarquia, mas, sempre que viável, na harmonização parcial, o mais extensa possível, das valorações em conflito. Sem esquecer nunca, todavia, que casos poderão existir em que se torne inaceitável a harmonização parcial referida e antes seja necessário eleger uma só das finalidades em choque, porque a atenção (parcial) à finalidade conflituante conduziria a uma solução que diretamente poria em causa a dignidade essencial da pessoa humana, nomeadamente a do arguido. Do que se trata, em situações reais, é a de a solução ter de preservar a dignidade essencial da pessoa e da consequente obrigação de a respeitar e proteger (como de resto afirma o artigo 1.º da nossa Constituição). Nem se depara aqui com um simples princípio programático e doutrinário, ao qual não pertença conteúdo prático-normativo; antes sim com o respeito devido ao fundamento primário de todo o Estado e portanto de toda a ordenação jurídica democrática. Quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação legais, esteja em causa uma solução que ofenda a dignidade humana essencial, haverá que conferir prevalência absoluta à finalidade que lhe dê cumprimento. Não se trata de abandono, nestas situações, da validade do critério da otimização dos valores conflituantes, mas – em casos que devem ser raros no quadro de uma democracia estabilizada, mas que podem tornar-se mais frequentes em épocas de grave crise ou de emergência social e política – de uma sua limitação. Precisamente aqui reside o primeiro problema legislativo do processo penal numa democracia constitucional. Um problema político no seu mais puro e rigoroso entendimento, na medida em que nele se defrontam duas questões básicas da função protetora do Estado de Direito: protetora dos direitos humanos fundamentais, mas por igual protetora dos direitos fundamentais do conjunto das pessoas constituídas em Estado” (*Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português*, *ob. cit.*, p. 133).



*dignidade humana essencial, haverá que conferir a prevalência absoluta à finalidade que lhe dê cumprimento»*<sup>338</sup>.

No caso da prisão preventiva, percebe-se esse conflito, na medida em que, retira-se a liberdade de alguém não condenado, em prol da efetividade da justiça penal, sob o pretexto da presença do arguido, do correto processo de verificação dos fatos e da certeza da execução penal.

Para Beulke, o equilíbrio entre esses interesses contrapostos que envolvem a prisão preventiva (*Untersuchungshaft*) dependerá dos princípios constitucionais, mormente do princípio do Estado de direito e do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)<sup>339</sup>.

Decerto, nota-se que a criminalidade econômico-financeira está mais organizada, sobretudo por conta das condutas transnacionais. Por isso, Anabela Miranda Rodrigues observa, com razão, que o mundo inteiro se tornou um teatro de operações criminosas<sup>340</sup>. Daí porque, não demorou para que a União Europeia, por meio de directivas, resolvesse combatê-la em parceria com os Estados-membros.

Em Portugal, pode-se mencionar a Lei n.º 5/2002 que prevê medidas de combate à criminalidade organizada, paralelamente restringe certos direitos fundamentais em prol dessa luta contra o crime organizado.

No entanto, não podemos perder de vista a precisa consideração de Mário Ferreira Monte, para o qual «*o arguido não pode ser objeto daquele que é também o detentor do ius puniendi. É, deve continuar a ser, um sujeito processual com tudo o que este estatuto deve pressupor*»<sup>341</sup>.

---

<sup>338</sup> *Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português, ob. cit.*, p. 133.

<sup>339</sup> Nas palavras de Beulke: “Ein Ausgleich zwischen diesen gegenläufigen Interessen kann nur anhand einer Orientierung an den Grundsätzen der Verfassung, insbes. dem Rechtsstaatsprinzip und dem aus ihm resultierenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, gefunden werden” (*Strafprozessrecht*. 10.v Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, 130); cf. LEMKE, Michael; *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*. 3., Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2001, p. 364.

<sup>340</sup> *A Globalização do Direito Penal – Da Pirâmide à Rede ou entre a Unificação e a Harmonização*. Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 85.

<sup>341</sup> Um olhar sobre o futuro do direito processual penal – razões para uma reflexão. *Que futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coord. Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Novera Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 416.

Essa contenda, conseqüentemente entre a *função-espada* e a *função-escudo* do processo penal, requer uma concordância prática que somente a experiência concreta poderá realizar.

Com razão Mario Valiante quando propõe que «*il processo, insomma, dev'essere ordinato parimenti al servizio della collettività e a quello dell'individuo, perchè i rispettivi interessi non solo non contrastano ma anzi si integrano a vicenda*»<sup>342</sup>. Em outras palavras, o processo penal deve tutelar a comunidade paralelamente a tutela do indivíduo, porquanto se completam mutuamente.

Figueiredo Dias e Claus Roxin veem como impossível uma integral harmonização entre as objetivos do processo penal. Isso porque, “os estudos realizados nas últimas décadas sobre a diversidade da realidade processual levaram a concluir pelo carácter irremediavelmente antinómico e antitético, *in casu*, daquelas finalidades”<sup>343</sup>, completa Figueiredo Dias.

Com isso, a solução aos desencontros, naturalmente colidentes<sup>344</sup>, dado a dialética entre as exigências de segurança da sociedade e o respeito aos direitos humanos<sup>345</sup>, só será obtida com «*a mútua compressão das finalidades em conflito, por forma a atribuir a cada uma a máxima eficácia possível: de cada finalidade há-de salvar-se, em cada situação, o máximo conteúdo possível, optimizando-se os ganhos e minimizando-se as perdas axiológicas e funcionais*», diz Figueiredo Dias<sup>346</sup>.

É verdade que o princípio da presunção de inocência sofre na prática forense uma certa mitigação, sobretudo nos casos de detenção em flagrante. Porém, consoante Alberto

---

<sup>342</sup> *Il nuovo processo penale. Principi Fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 1975, p. 32.

<sup>343</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Direito Processual Penal*. Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade. 1988-9, p. 25.

<sup>344</sup> Lembra Germano Marques, que “o processo penal é uma instituição jurídica e social complexa onde se reflectem necessariamente os valores culturais de um dado momento histórico e as próprias ideologias do poder. A complexidade resulta da necessidade de articular na sua estrutura não elementos meramente técnicos, mas também históricos, económicos, lógicos, éticos, culturais e políticos na disposição dos meios para garantir a realização do máximo conteúdo possível daqueles valores, os quais, por sua vez, frequentemente entram em conflito” (*ob. cit.*, p. 25).

<sup>345</sup> Cf. OLIVEIRA, Odete Maria de; *As medidas de coacção no novo Código de Processo Penal*, p. 167.

<sup>346</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *idem, ibidem*. Cf. ANTUNES, Maria João; O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção. *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1237.

Bovino, manter-se-á o *status* jurídico de inocente, independente da gravidade dos indícios<sup>347</sup>.

Entretanto, isso não implica subscrever a tese, segundo a qual a prisão preventiva deve ser obrigatória em casos de flagrante, reincidência e confissão<sup>348</sup>, dado o princípio da presunção de inocência e o *giusto processo*. Somente o caso concreto será capaz de oferecer as justas razões à imposição da prisão preventiva, considerando especialmente os desideratos processuais ligados à descoberta da verdade<sup>349</sup> e à pacificação social.

Frise-se que mesmo nos casos de detenção em flagrante, há que ponderar a necessidade da prisão preventiva, sem eliminar juridicamente os efeitos da inocência presumida para o desenrolar do processo, bem como do estatuto jurídico do preso preventivamente.

Em que pese as evidências, haverá uma tensão entre a liberdade do arguido presumido inocente e a proteção dos bens jurídicos ameaçados, porque naquele início processual não existirá uma sentença penal condenatória com carácter definitivo<sup>350</sup>.

---

<sup>347</sup> BOVINO, Alberto; *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 131.

<sup>348</sup> Francisco Fernandes, sustentava os seguintes teses em relação à prisão preventiva: “Em harmonia com a doutrina que defendemos em todo este capítulo, fixamos as seguintes regras sobre prisão preventiva: 1.<sup>a</sup> A detenção preventiva deve ser obrigatória, durante todo o processo, para os réos presos em flagrante delicto, para os reincidentes e ainda para os confessos, (quando a sua confissão seja corroborada por outras provas fornecidas pelo corpo de delicto), sempre que a pena applicavel ao crime seja privativa de liberdade, qualquer que seja a fórmula de processo. 2.<sup>a</sup> Aos réos pronunciados em processo ordinario ou de querela não lhes será concedida fiança. 3.<sup>a</sup> Aos réos processados em processo correccional deverá admittir-se-lhes caução até á sentença condemnatoria, se não estiverem incluídos em alguma das categorias enumeradas na regra primeira. 4.<sup>a</sup> Aos réos processados em policia correccional, que estiverem nas mesmas condições, deverá o juiz conceder-lhes que se livrem soltos com ou sem fiança, guiando-se para isso pelos criterios fixos na regra seguinte. 5.<sup>a</sup> Ao juiz será facultado decretar prisão preventiva ou conceder liberdade provisoria sob caução, em qualquer estado do processo, nos seguintes casos: a) Quando haja suspeita fundada de fuga; b) No caso de tentativa de suborno das testemunhas, peritos ou cúmplices, perigo de desaparecerem os vestigios do crime, ou semelhantes. 6.<sup>a</sup> Aos réos processados pro crimes ou contravenções puníveis com penas pecuniarias, não lhes será exigida caução para o seu livramento, salvo dando-se alguns dos casos previstos na regra antecedente. 7.<sup>a</sup> Após o julgamento, e havendo sentença condemnatoria de que se appellou, nunca será admittida a liberdade provisoria sob caução, a não ser que a pena n’ella comminada seja pecuniaria. Taes são as regras geraes a que deve subordinar-se a prisão preventiva no nosso processo criminal. Adoptadas ellas, fechar-se-á a porta a abusos intoleraveis, a iniquidades revoltantes, todas tendentes favorecer os protegidos da fortuna, e muitas vezes a attrahil-os para o crime com a esperanza da impunidade, e a esmagar os pobres e desgraçados. Por meio d’ella niverlar-se-çao as duas classes e realizar-se-á um progresso incontestavel no nosso direito judiciario penal” (*ob.cit.*, p. 98-100).

<sup>349</sup> TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*, p. 118.

<sup>350</sup> Segundo Werner Beulke, “Wenn einem noch nicht rechtskräftig Verurteilten die Freiheit genommen wird, geranten zwei Grundpositionen unserer Rechtsordnung miteinander in Konflikt: der Freiheitsanspruch des betroffenen Bürges, der bis zu einer rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig zu gelten hat und das

Esse problema só será equacionado por meio de uma concordância prática entre a realização da justiça (*Gerechtigkeit*) e a proteção dos direitos individuais, cujo desate dependerá do correto emprego dos princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade<sup>351</sup>.

Por isso mesmo, caso sejam questionáveis e frágeis as supostas evidências da prática do crime, ainda que em flagrante delito, não será factível a prisão preventiva, pois diante da dúvida e da ausência de perigo concreto de reiteração criminosa ou de um comprovado comprometimento à realização da justiça (fuga ou destruição das provas), deve-se primar por uma medida de coação diversa da prisão, na esteira da dignidade essencial da pessoa<sup>352</sup>, até porque ela é acima de tudo, subsidiária.

Decerto, convém reiterar que sem um propósito cautelar, não poderá ser decretada uma prisão preventiva, dado o risco de se tornar uma pena antecipada<sup>353</sup>. Por isso mesmo, os objetivos que devem permear a prisão preventiva devem ser de natureza eminentemente processual, mesmo no intuito de impedir a reiteração criminosa, pois direcionado à garantia da pacificação comunitária.

Ela deverá se basear, sempre, na razão de impedir a concretização de perigos processuais (*esigenze cautelari*)<sup>354</sup>, como o risco de fuga do suspeito ou a continuação da actividade criminosa ou da ineficiência do processo, neste ponto conectado com a

---

Erfordernis einer effektiven Strafrechtspflege (Sicherung der Anwesenheit des Beschuldigten, der ordnungsgemäßen Tatsachenermittlung und der Vollstreckung)” (*Strafprozessrecht*, p. 126).

<sup>351</sup> Cf. VILELA, Alexandra; *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 96.

<sup>352</sup> Para Figueiredo Dias, “se o critério geral reside assim, não na validação da finalidade preponderante à custa da de menor hierarquia – ao estilo da teoria do direito de necessidade jurídico-penal – mas sim numa optimização das finalidades em conflito, situações há no entanto em que se torna necessário eleger uma só das finalidades, por nelas estar em causa a intocável dignidade da pessoa humana. Do que se trata então é do princípio axiológico que preside à ordem jurídica de um Estado de Direito material: o princípio da dignidade do homem, da sua intocabilidade e da conseqüente obrigação de a respeitar e de a proteger. E não se depara aqui com o simples princípio programático, ao qual não pertença conteúdo prático-normativo de toda a ordenação jurídica comunitária que se queira justa e que se radique numa exigência de humanidade. Por isso, quando em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa - , nenhuma transacção é possível, havendo pois que dar prevalência à finalidade do processo penal que dê total cumprimento àquela garantia constitucional” (*idem, ibidem*).

<sup>353</sup> MEINEN, Gero; *Handbuch zum Strafverfahren*, p. 326.

<sup>354</sup> TONINI, Paolo; *Manuale di Procedura Penale*, p. 434.

realização da justiça e a descoberta da verdade material, que mutuamente concorrem à “revalidação do sistema jurídico” e dos valores de segurança<sup>355</sup>.

Essa mesma tensão observou Andrew Stumer, para o qual, considerando que o juízo de certeza consiste em um pressuposto para a imposição de uma pena, essa convicção se torna muito mais difícil de se obter. O que pode, ao cabo, contribuir para a esquiva da punição<sup>356</sup>. Segundo Stumer, na maioria das vezes, adota-se como solução ao impasse a mitigação da presunção de inocência<sup>357</sup>.

Deve-se ter em mente, por outro viés, que a prisão preventiva será “comunitariamente suportável face à possibilidade de estar a ser aplicada a um inocente”<sup>358</sup>, somente quando servir às exigências cautelares de natureza processual, bem como quando garantir a não ocorrência de novos crimes perpetrados pelo arguido. Por isso, em nenhuma hipótese ela deve ser comparada a uma pena consequente de um crime, por isso a regra *Verbot der Wirkungsgleichheit*<sup>359</sup>.

O modo de aplicação, que significa a subtração da liberdade individual, deve conter flexibilidades, com regras próprias a quem cumpre a medida; um tempo de duração próprio, considerando o princípio da legalidade e proporcionalidade em sentido amplo. Tudo a evitar ser comparada a uma antecipação de pena<sup>360</sup>, circunstância essa contrária ao princípio da presunção de inocência<sup>361</sup>.

O direito de defesa e a presunção de inocência são vetores essenciais à aplicação da medida de coação concernente à prisão preventiva. Por isso mesmo, segundo Maria

---

<sup>355</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Direito Processual Penal*. Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade. 1988-9, p. 23.

<sup>356</sup> Para ele, “Every system of criminal law therefore faces a constant tension between protecting the rights of defendants and the community interest in convicting the guilty”(cf. *The Presumption of Innocence. Evidential and Human Rights Perspectives*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010, Introduction).

<sup>357</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>358</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal. *Jornadas de direito processual penal*. Centro de Estudos judiciais. Coimbra: Almedina, 1995, p. 27.

<sup>359</sup> MEINEN, Gero; *Handbuch zum Strafverfahren*, p. 326.

<sup>360</sup> Cf. ILLUMINATI, Giulio; Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fasc. 3. Luglio-Settembre 2015. Milano: Giuffrè Editore, p. 1131-1162.

<sup>361</sup> Cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*, p. 69.

João Antunes, “constituem um critério decisivo na tarefa de operar a concordância prática entre as finalidades conflituantes do processo penal”<sup>362</sup>.

Caberá, portanto, aos princípios jurídico-constitucionais e aos princípios jurídico-processuais da prisão preventiva equacionar o problema que subsiste entre proteger o cidadão contra o excessivo poder punitivo do Estado e o dever desse ente de buscar a verdade e realizar a justiça, esperada e desejada pela comunidade, sem embargo da meta político-criminal de tutelar os bens jurídicos de caro valor para a sociedade.

Para se legitimar, dentro desse contexto de desencontros, a prisão preventiva exige uma correspondência ou concordância prática com os princípios de aplicação da necessidade, da adequação, da subsidiariedade e da proporcionalidade (*Prinzip der Verhältnismäßigkeit*)<sup>363</sup>.

De qualquer modo, impõe-se considerar que o processo penal passa por mudanças que resultam das inevitáveis vicissitudes sociais. Se a sociedade avança ou retrai em relação a valores, não está de maneira nenhuma indiferente aos fenômenos concernentes à criminalidade. É verdade, por outro lado, que Portugal, comparativamente aos países da União Europeia, por que não dizer do Mundo, conseguiu reduzir significativamente os avanços da criminalidade.

No que tange ao porvir, Figueiredo Dias coloca que “o problema doutrinário fundamental do processo penal de hoje é o de tentar definir o que deve ser o processo penal de amanhã, portanto, o que naquele deve permanecer e o que deve mudar. O processo penal é e será o espelho do Estado nacional e do tipo de relações que intercedem entre o estado e os cidadãos. Mas não pode também deixar de ser o reflexo das alterações que se vão verificando nas condições sócio-culturais de vida da comunidade, no que aqui interessa, no fenómeno da criminalidade, naquilo que a ciência do processo chama de realidade processual penal”<sup>364</sup>.

Decerto, o processo penal do amanhã não poderá ignorar a realidade da sociedade. Uma realidade que reclama, a “proteção dos direitos humanos fundamentais,

---

<sup>362</sup> ANTUNES, Maria João; *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 135.

<sup>363</sup> Cf. KÜHNE, Hans-Heiner; *Strafprozeßrech. Ein Lehrbuch zum deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht*, p. 172.

<sup>364</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *O Processo Penal, Hoje. Problemas Doutrinários Fundamentais*. Actas da Conferência Internacional de Processo Penal. Os desafios do Século XXI. Macau: Centro de Formação Jurídica, 2007, p. 1.

mas por igual protetora dos direitos fundamentais do conjunto das pessoas constituídas em Estado”<sup>365</sup>. Essa harmonia entre a função-espada e a função-escudo do processo não poderá ser integral, pois são conflitantes. Os princípios, com isso, ganham relevância, sobretudo o princípio da proporcionalidade, para equacionar a questão.

Em sendo assim, a prisão preventiva será necessária para impedir o risco concreto de dano reiterado aos bens jurídicos, mas igualmente será imprescindível que se garanta o respeito aos direitos do arguido, na medida em que não perde o *status* jurídico de inocente presumido.

---

<sup>365</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português*, p. 133.

**PARTE II - O ENQUADRAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA PRISÃO  
PREVENTIVA**



*Perché uno si provi innocente deve essere prima dichiarato reo, ciò chiamasi fare un processo offensivo, e tali sono quase in ogni luogo dell'illuminta Europa nel decimo ottavo secolo le procedure criminali (Cesare Beccaria)*

## **CAPÍTULO I - OS PRINCÍPIOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DA PRISÃO PREVENTIVA**

Decerto, de todas as medidas impostas antes ou no curso de um processo penal, a supressão da liberdade é a mais grave<sup>366</sup>. Por isso, os contornos jurídicos do instituto da prisão preventiva refletirão o regime político de cada Estado.

Piet Hein van Kempen coloca que “pre-trial detention is fundamentally governed by the right to liberty, the presumption of innocence, the right to humane treatment and the prohibition of torture and ill-treatment”<sup>367</sup>. Em outras palavras, a prisão preventiva é fundamentalmente dirigida sob o prisma do direito à liberdade, da presunção de inocência<sup>368</sup>, do direito a um tratamento humano e da proibição da tortura ou tratamentos degradantes.

Entre o início da investigação e a prolação da sentença, há um tempo necessário para, com segurança, apurar o caso e processar os responsáveis. Sucede que, durante o processo, podem surgir perigos ao seu desenvolvimento, principalmente no que toca à

---

<sup>366</sup> Cf. KALMTHOUT, A.M. van; KNAPEN, M.M.; MORGENSTERN, C.; *Pre-trial Detention in the European Union*. Nijmegen: WLP, 2009.

<sup>367</sup> *Pre-trial detention. Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law*. Edited by Piet Hein van Kempen. Cambridge – Antwert – Portland: Intersentia, 2012, p. 46.

<sup>368</sup> Cf. PAEFFGEN, Hans-Ullrich; *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*. Berlin: Carl Heymanns Verlag KG, 1986, p. 42.

apuração do fato e garantia da eficácia da sentença. Então, para impedir a ocorrência de tais riscos a lei prevê medidas cautelares<sup>369</sup>.

Nesse sentido, medidas cautelares seriam garantias dirigidas à efetividade da sentença, que particularmente podem ser adotadas no curso do processo contra um arguido por conta de um crime grave face a prognose de risco de fuga ou ocultação do seu patrimônio, com o fim de garantir os efeitos penais e civis da sentença<sup>370</sup>.

Sem embargo, trata-se também de uma medida de coação, de vez que restringe direitos individuais do arguido à vista de preservar objetivos processuais. Para Kühne, as medidas de coação (*Zwangmaßnahmen*) servem à segurança das finalidades processuais e não pode ter em qualquer circunstância o caráter de pena<sup>371</sup>.

Lembra Schroeder, que a prisão preventiva é uma prisão antes da culpa comprovada. Por conseguinte, numa altura em que os arguidos são considerados inocentes presumidos, por isso mesmo uma grave intervenção aos seus direitos fundamentais<sup>372</sup>.

Sem dúvida, a prisão preventiva constitui a mais grave e corrente medida de restrição à liberdade pessoal de uma pessoa não condenada<sup>373</sup>. Por isso o dilema, consoante destacou Jescheck, dado que retira a liberdade do arguido, contra o qual ainda inexistente culpa formada<sup>374</sup>.

No século passado, Lucchini destacou que liberdade, a ordem e a segurança dos cidadãos constituem uma das partes mais importantes e sacras da legislação universal que se sobrepõe sobre diversas outras instituições jurídicas<sup>375</sup>.

Em que pese sua obra datar de 1873, nos dias de hoje essa mesma preocupação persiste em relação à prisão preventiva. Fere-se, pois, a liberdade de locomoção de uma pessoa presumidamente inocente.

---

<sup>369</sup> TONINI, Paolo; *Manuale di Procedura Penale*, p. 425.

<sup>370</sup> SENDRA, Vicente Gimeno; *Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Aranzadi, 2015, p. 607-608.

<sup>371</sup> “Die strafprozessualen Zwangsmaßnahmen dienen der Sicherung der Verfahrensziele und haben keinen Strafcharakter. Demgemäß ist der von ihnen Betroffene im Sinne einer strafrechtlichen Anschuldigung immer ein Unschuldiger” (*Strafprozessrecht*, ob. cit., p. 248).

<sup>372</sup> “Die ‘Untersuchungshaft’ ist eine Verhaftung vor dem Nachweis der Schuld, also zu einem Zeitpunkt, wo für den Betroffenen die Vermutung der Unschuld gilt (Art. 6 Abs. 2 EMRK, → Rn. 355 ff.), und daher ein schwerer Eingriff“ (*Strafprozessrecht*, 7. Auflage. München: C. H. Beck, p. 99).

<sup>373</sup> VALIANTE, Mario; *Il nuovo processo penale. Principi Fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 1975, p. 281.

<sup>374</sup> *Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht*, p. 933.

<sup>375</sup> *Il Carcere Preventivo ed Il meccanismo istruttorio che vi si riferisce nel Processo Penale*. 2ª Edizione. Venezia: Ferdinando Ongania, 1873, p. VIII.

No mesmo pensar, Schlothauer, Weider e Nobis, quando subscrevem que a ordem de prisão preventiva consiste na mais grave intervenção do Estado na vida dos acusados, sobre tudo porque seus efeitos, ligados à perda da liberdade e à incriminação, começam desde os primeiros momentos da persecução, ainda que fora da execução da pena<sup>376</sup>.

Destarte, muito embora não seja um processo de execução penal, impõe-se uma privação da liberdade do arguido. Porém, deve-se considerar, consoante registo de Gero Mainen, a *Verbot der Wirkungsgleichheit*<sup>377</sup> (proibição de efeitos semelhantes), por meio da qual se proíbe que a prisão preventiva tenha o mesmo efeito da execução de pena. Em síntese, veda-se a antecipação de pena por meio da prisão preventiva<sup>378</sup>.

Embora clara essa percepção, mostra-se recorrente seu emprego de modo incompatível com os princípios jurídico-constitucionais que regem o instituto da prisão preventiva, nomeadamente com o princípio da presunção de inocência. É preciso, portanto, verificar em que situações essa medida será legítima, sem que implique violação desse princípio.

## 1. O princípio da presunção de inocência

A presunção de inocência é central para o processo penal<sup>379</sup>. Toda e qualquer consideração sobre a realização da justiça, a descoberta da verdade e a proteção dos direitos individuais, reclama seu exame<sup>380</sup>.

---

<sup>376</sup> Segundo Schlothauer, Weider e Nobis, “Die Anordnung der Untersuchungshaft ist der massivste Eingriff des Staates in das Leben eines Beschuldigten. Ihre Wirkung geht häufig weit über den mit dem Vollzug der Haft verbundenen Freiheitsverlust und seinen Belsatungen hinaus” (SCHLOTHAUER, Reinhold; WEIDER, Hans-Joachim; NOBIS, Frank; *Untersuchungshaft mit Erläuterungen zu den UVollzG der Länder*. 5., Auflage. Heiderlberg: C.F. Müller, 2016, p. 1).

<sup>377</sup> MEINEN, Gero; *Untersuchungshaft*. In: *Handbuch zum Strafverfahren*. Org. Prof. Dr. Miachel Herhmanns und Prof. Dr. Dr. Uwe Scheffler. München: Verlag C.H. Bech München, 2008, p. 326.

<sup>378</sup> HILGER, Hans; *Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar*. 26., Auflage. Vierter Band. Berlin: De Gruyter Recht, 2007, p. 11.

<sup>379</sup> Essa ideia, presunção de inocência ou não culpa, percorre por todo o processo penal. Segundo Kühne, “Das Strafverfahren hat das Instruktionsprinzip nicht etwa als eine Möglichkeit der Prozesorganisation gewählt, sonder die Unterworfenheit des Strafverfahrens gegenüber dem Instruktionsprinzip folgt aus der Unschuldsvormutung, Art. 6 II EMRK, und damit aus dem Rechtsstaatsprinzip. Auf der Basis eines Verständnisses wonach jedermann – bis zum gerichtlichen Beweis des Gegenteils – als unschuldig zu gelten

Em linhas gerais, não há culpa sem juízo e a acusação deve submeter a prova à contestação da defesa. Enquanto isso, mantém-se ela até a prova em contrário numa sentença definitiva<sup>381</sup>.

Ferrajoli lembra, a propósito, que ela fundamentalmente protege o indivíduo contra o arbítrio punitivo do Estado<sup>382</sup>. Com o monopólio desse poder, surgiu naturalmente a necessidade de se contrapor barreiras, nomeadamente a presunção de inocência, como bem dizera Tiedemann<sup>383</sup>.

Não basta, aliás, um julgamento em primeira instância. Sua confirmação se torna imperiosa em grau de recurso. Só assim, haverá segurança jurídica na indicação da culpa de alguém pela prática de um crime.

Kai Ambos, a vista do art. 6º, n.º 2, da Convenção EDH, considera que “for an accused to be ‘proved guilty’ a conviction at first instance is not sufficient, but it must be final (*res judicata*); that is, upheld on appeal”<sup>384</sup>. Ter-se-á, portanto, coisa julgada, quando a segunda instância, um Tribunal ou Corte Superior, reiteirar a sentença.

Para a prisão preventiva, a presunção de inocência deve ser considerada como regra de tratamento<sup>385</sup> e como regra de prova. Limita-se, com isso, sua aplicação aos casos autorizados pela Constituição e pelas leis do país, no sentido de impedir que a pena seja antecipada, bem como garanta um conjunto de direitos e deveres relacionados ao arguido compatíveis com essa presunção.

Há na Alemanha diversas leis que cuidam especificamente da execução da prisão preventiva (*UVollzG*). Entre elas, o art. 3 (1), da *BayUVollzG*, prevê que «*Die*

---

hat, ist es eine zeigende Konsequenz, allein dem Staat als Vertreter der Anklage die Beweislaster dafür aufzulegen, dass jemand schuldig sei. Anders gewendet: die Unschuldsvermutung entbindet jeden Bürger davon, sich in Hinblick auf deliktische Verdachtsmomente entlasten oder auch nur dazu beitragen zu müssen. Die Unschuldsvermutung bedingt somit das Instruktionsprinzip” (*Strafprozessrecht*, p. 163).

<sup>380</sup> Sobre a presunção de inocência, cf. WEIGEND, Thomas; *Zur Reichweite der Unschuldsvermutung*. In: *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung*. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018. Herausgegeben von Ulrich Stein, Luís Greco, Christian Jäger und Jürgen Wolter. Berlin: Duncker & Humblot, p. 739-755.

<sup>381</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, p. 559.

<sup>382</sup> *Idem*, p. 560.

<sup>383</sup> *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*, p. 119.

<sup>384</sup> *European Criminal Law*, p. 92.

<sup>385</sup> Sobre a história do princípio da presunção de inocência, cf. STUCKENBERG, Carl-Friedrich; *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*. Berlin: Walter de Gruyter, 1998, p. 11-45.

*Untersuchungsgefangenen gelten als unschuldig und sind entsprechend zu behandeln*». Isto é, o preso preventivamente deve ser tratado como um inocente<sup>386</sup>.

Segundo o Acórdão n.º 251/2016 do TC, “da consagração constitucional do princípio da presunção de inocência decorre que o processo penal tem de ser estruturado de forma a assegurar todas as garantias de defesa do arguido, tido à partida como inocente, por não haver qualquer fundamento para que aquele não se considere como tal enquanto não for julgado culpado por sentença transitada em julgado”.

Para o Tribunal a presunção de inocência integra um plexo de princípios e direitos, os quais reiteram a opção pela prevalência da liberdade pessoal, pois essa “tem sempre um especial valor mesmo em face das prementes exigências comunitárias que justificam o poder punitivo”<sup>387</sup>.

Então, para além de um princípio, a presunção de inocência constitui um marco que estrutura o processo penal de um Estado de Direito democrático. Sem dúvida, há injustiça quando se condena um inocente. Por isso, dizia Voltaire *«il vaut mieux hasarder de sauver un coupable que de condamner un innocent»*. Nesse sentido, também será injusta a prisão preventiva aplicada de modo desnecessário e fora das hipóteses legais, sobre tudo porque viola aquela presunção, cara às sociedades democráticas.

### 1.1 O princípio da presunção de inocência como marco do processo penal

Decerto, o princípio funciona como marco estruturante de todo o processo penal, na medida em que impõe diversas consequências jurídicas ao procedimento, desde a fase de investigação, passando pelos meios de prova, pelas medidas de coação, pela fase de julgamento e pelos recursos contra a sentença.

---

<sup>386</sup> A propósito das leis que regulam a execução da prisão preventiva na Alemanha, cf. GRUNAU, Theodor; *Untersuchungshaftvollzugsordnung*. 2., Auflage. München: Carl Heymanns Verlag, 1972; cf. FIRCHAU, Lars; *Das fachgerichtliche Rechtsbehelfssystem der Untersuchungshaft sowie die Regelung des Vollzuges*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2013; cf. SCHULZE, Jan Peter; *Die Untersuchungshaftvollzugsgesetze der Länder im Vergleich*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2017; cf. SEEBODE, Mandred; *Der Vollzug der Untersuchungshaft*. Berlin: Walter de Gruyter, 1985; cf. SIEPMANN, Sarah; *Die Entwicklung einer gesetzlichen Basis für Recht der Untersuchungshaft auf Bundes und Landesebene (Das BayUVollzG)*. Hamburg: Verlag Dr. Kováč, 2012.

<sup>387</sup> Acórdão n.º 183/08.

Nesse diapasão, Mario Pisani destacou que o princípio da presunção de inocência corresponde a um pressuposto lógico e jurídico do processo, por isso mesmo a primeira e fundamental garantia que a lei processual assegura a qualquer cidadão<sup>388</sup>.

Para Figueiredo Dias, considerada a premissa do Estado Liberal, no qual o indivíduo se ergue também à condição de sujeito do processo, “o direito processual torna-se em uma ordenação limitadora do poder do Estado em favor do indivíduo acusado, numa espécie de *Magna Charta dos direitos e garantias individuais do cidadão*”<sup>389</sup>.

Por isso que o princípio da presunção de inocência, enquanto não sobrevir uma condenação, deve funcionar quase que sem limites<sup>390</sup> no Estado Liberal. De modo que, caso levado ao extremo, ter-se-ia “a ilegitimidade da prisão preventiva e, em geral, de quaisquer meios coercitivos contra o suspeito”<sup>391</sup>.

Todavia, como o Estado Liberal, no seu sentido restrito, perdeu relativo espaço para o Estado Social do início do século XX<sup>392</sup>, deve-se pensar a prisão preventiva considerando, por óbvio, o paradigma comunitário. Com isso, uma nova relação entre a presunção de inocência e a prisão preventiva deve subsistir.

Esta gravado na Constituição que o arguido não deve ser declarado culpado enquanto não condenado por uma sentença definitiva. Porém, registrara Francesco Carnelutti, em relação a tal princípio, como “uma destas normas que servem somente para demonstrar a boa-fé daqueles que a elaboram, em outras palavras a incrível capacidade de se forjar ilusões de que estão voltadas as revoluções”<sup>393</sup>.

---

<sup>388</sup> *Introduzione al processo penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, p. 43. Segundo Pisani, “la presunzione di non colpevolezza, insomma – e per concludere – rappresenta un principio che opera a largo raggio, e con notevole incidenza, nelle strutture attuali del nostro; e che, se pur suscettibile di ulteriori esplicazioni normative, e di ulteriori approfondimenti, in dottrina e in giurisprudenza, già fin d’ora consacrato nel testo costituzionale, sta ad esprimere un principio-guida per la metodologia dell’accertamento penale, un principio-cardine per le garanzie di libertà dell’imputato” (*idem*, p. 47).

<sup>389</sup> *Direito Processual Penal*, p. 64.

<sup>390</sup> *Idem*, p. 64-65.

<sup>391</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *idem, ibidem*.

<sup>392</sup> Sobre política criminal no Estado de direito social, cf. WÜRTEMBERGER, Thomas; *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1970.

<sup>393</sup> Nas precisas palavras de Francesco Carnelutti: “Questa degenerazione del processo penale è uno dei sintomi più gravi della civiltà in crisi. È perfino difficile rappresentare tutti i danni dovuti alla mancanza di quel raccoglimento, che vi deve essere svolto. Non il più grave ma certo il più appariscente è quello che riguarda il rispetto dell’imputato. La Costituzione italiana ha proclamato solennemente la necessità di tale rispetto dichiarando che l’imputato non dev’essere considerato colpevole sino a che non sia condannato con una sentenza definitiva. Questa è però una di quelle norme, le quali servono soltanto a dimostrare la buona

Essa antiga crítica de Carnelutti não deixa de ter fundamento, pois com frequência o princípio é ignorado, sobre tudo quando se trata de prisão preventiva. Às vezes, decreta-se no afã de antecipar a pena, sob o pretexto da gravidade do crime, a despeito da inconclusão do processo. Quando não, usa-se para fins políticos, dando conta de um autêntico e ilegal *lawfare*<sup>394</sup>.

Para além de um princípio, segundo o qual uma pena só pode ser imposta contra um culpado, supondo necessariamente um processo penal, cujas provas demonstrem contra o sujeito a prática do crime, daí uma garantia de liberdade e de verdade, segundo Luigi Ferrajoli a presunção de inocência significa uma garantia de segurança ou mesmo de defesa social contra uma punição arbitrária<sup>395</sup>.

Segundo Vincenzo Garofoli, o princípio da presunção de inocência corresponde ao marco de fundação do processo penal moderno, na medida em que consiste na proteção mais importante dada ao arguido por meio da correta análise do crime denunciado<sup>396</sup>.

---

fede di coloro che l'hanno elaborata; o, in altre parole, la incredibile capacità d'illudersi, della quale sono dotate le rivoluzioni" (*Le Miserie del Processo Penale*. Venezia: Edizioni Radio Italiana, 1951, p. 48).

<sup>394</sup> Sobre Lawfare, cf. KITTRIE, Orde F.; *Lawfare. Law as a weapon of war*. Oxford: Oxford University Press, 2016; OROÑO, Amílcar Salas; VOLLENWEIDER, Camila; CASTILLO, Javier Calderón; ESTER, Barbara; DAZA, Ava Gómez; TIRADO, Arentxa; SOJO, Giordana Garcia; *Lawfare: Guerra judicial y neoliberalismo em América Latina*. Sevilla: Mármol Izquierdo Editores, 2019; MATOS, Erica do Amaral; *Lawfare: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 161 – ano 27, p. 227-248. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

<sup>395</sup> Para Luigi Ferrajoli, "(...) Ne consegue – se è vero che i diritti dei cittadini sono minacciati non solo dai delitti ma anche dalle pene arbitrarie – che la presunzione d'innocenza non è solo una garanzia di libertà e di verità, ma anche una garanzia di sicurezza o se si vuole di difesa sociale: di quella specifica «sicurezza» fornita dallo stato di diritto ed espressa dalla fiducia dei cittadini nella giustizia; e di quella specifica «difesa» ad essi offerta contro l'arbitrio punitivo. Per questo il segno inconfondibile della perdita di legittimità politica della giurisdizione, e insieme della sua involuzione irrazionale e autoritária, è la paura che la giustizia incute ai cittadini. Ogni volta che un imputato innocente há ragione di temere di un giudice, vuol dire che questi è fuori della logica dello stato di diritto: le paura, e anche solo la sfiducia o la non sicurezza dell'innocente, segnalano il falimento della funzione medesima della giurisdizione penale e la rottura dei valori politici che la legittimano" (*Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. Bari: Editori Laterza, 1990, p. 559-560).

<sup>396</sup> Segundo Vincenzo Garofoli, "(...) La corretta applicazione del principio in parola consente di verificare in modo concreto il livello di protezione ed applicazione delle garanzie poste a sostegno dell'intero comparto normativo preposto all'accertamento di un fatto di reato e, per usare un'espressione fatta propria dalla dottrina dominante dell'ultimo trentennio, l'utile applicazione del principio di non colpevolezza «rappresenta il cardine dell'ordinamento processuale moderno, poiché ed esso sono evidentemente collegate le più importanti garanzie che tutelano, direttamente, l'imputato e, mediamente, la correttezza dell'accertamento». Presunzione d'innocenza o presunzione di non colpevolezza sono due definizioni lato sensu sinonime, ma la formula più aderente al dettato normativo è sicuramente quella che si richiama al concetto di «non considerazione di colpevolezza»; distinzione non assume rilievo solo ed unicamente de un punto di vissta stilistico, ma anche – o forse soprattutto – da un punto di vista sostanziale" (*Diritto processual penale*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 40).

Para Claus Roxin e Bernd Schünemann, sem embargo de ser um componente essencial da regra *in dubio pro reo*, o princípio da presunção de inocência (*Unschuldsvermutung*) continua sendo debatido até os dias de hoje, ainda que previsto materialmente no art. 6º, n.º 2, da Convenção EDH<sup>397</sup> e seguido como princípio imanente do Estado de direito<sup>398</sup>. Michael Bohlander, também registra que ele é um dos pilares de fundação de qualquer sistema criminal digno desse nome<sup>399</sup>. Outrossim, também constitui um dos fundamentos essenciais daquilo que se denomina de processo equitativo<sup>400</sup> (*giusto processo*)<sup>401</sup>.

Ele constitui, seguramente, a base de um Estado de Direito, por isso mesmo de hierarquia constitucional, muito embora previsto no art. 6º, n.º 2, da Convenção EDH. Por exemplo, o *BVerfaG* interpreta o direito interno alemão à luz da presunção de inocência previsto naquela Convenção (*BVerfGE* 74, 358)<sup>402</sup>, mesmo não prescrito desta maneira no *StPO*<sup>403</sup>.

Andrew Ashworth e Jeremy Horder deixam claro que esse princípio, segundo o qual uma pessoa é presumida inocente, senão ou até provada sua culpa, é fundamental para o direito e processo criminal, dado as consequências sociais e legais de uma condenação. Com isso, o princípio representa uma medida de proteção contra o erro processual, sem embargo de traduzir um contra-peso ao poder e recursos que o Estado dispõe comparado à posição da defesa<sup>404</sup>.

---

<sup>397</sup> Cf. PAEFFGEN, Hans-Ullrich; *SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Mit GVG und EMRK*. Band X EMRK. 4. Auflage. Herausgegeben von Jürgen Wolter. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2012, p. 533-545.

<sup>398</sup> *Strafverfahrensrecht*. 29. Auflage. München: C.H. Beck, 2017, p. 69.

<sup>399</sup> *Principles of German Criminal Procedure*. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 20.

<sup>400</sup> Cf. BALSAMO, Antonio; *Il Contenuto dei Diritti Fondamentali. Manuale di Procedura Penale Europea*. A cura de Roberto E. Kostoris. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 131;

<sup>401</sup> Cf. UBERTIS, Giulio; *Principi di Procedura Penale Europea. Le regole del giusto processo*. Seconda edizione. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2009; cf. TONINI, Paolo; *Manuale di Procedura Penale*, p. 40.

<sup>402</sup> Segundo Michael Bohlander, “The Federal Constitutional Court has developed the practice of using the ECHR to interpret the German domestic constitutional concept of the presumption of innocence, based on the specific significance of the Convention for the relationship between its human rights and the German Constitution’s civil liberties (*Grundrechte*)” (idem, *ibidem*).

<sup>403</sup> SCHÄDLER, Wolfram; JAKOBS, Sebastian; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, p. 2957.

<sup>404</sup> “The principle that a person should be presumed innocent unless and until proved guilty is a fundamental principle of procedural fairness in the criminal law. Its justifications may be found in the social and legal consequences of being convicted of a crime, in which context the principle constitutes a measure of protection against error in the process, and a counterweight to the immense power and resources of the State



Decerto, por corresponder a um princípio estrutural de todo o processo penal, não pode ser visto como retórica constitucional, conforme a crítica de Francesco Carnelluti. Sem embargo, regista Carolina Crespo que a presunção de inocência perpassa a consciência humana, razão pela qual seu conteúdo excede os próprios limites da ciência jurídica<sup>405</sup>.

Nesse diapasão, o exame da prisão preventiva é muito delicado porque levará em conta, necessariamente, a presunção de inocência. Por isso que, na hipótese de aplicação dessa medida de coação, qualquer desvio relacionado às exigências cautelares, implicará na desconstrução do processo penal. Com isso, não será possível realizar justiça ou buscar a verdade, na medida em que a persecução penal estará comprometida em razão de uma pena antecipada imposta contra um inocente.

Para Paolo Tonini, o princípio indica que “da um símile enunciato discende che la pena può essere applicata soltanto dopo la sentenza irrevocabile di condanna”<sup>406</sup>. Porém ressalta sua contradição com o art. 13, *comma* 5, da CI, pois esse consente a limitação da liberdade pessoal, ainda que antes da sentença irrevogável.

Escreve, a propósito, que esse contraste parece mais nitido quando se tem presente que a medida cautelar possa atingir um nível de coação quase coincidente com a pena, por exemplo entre a custódia cautelar e a pena de reclusão<sup>407</sup>.

No entanto, não haverá essa colisão, desde que ela seja imposta de modo consistente e sem exceções. «*Die Unschuldsvermutung tritt jedoch mit der Möglichkeit von Untersuchungshaft nicht in Kollision, soweit sie durchgängig und ausnahmslos (insb. Beim Vollzug der Untersuchungshaft) beachtet wird*», sustenta Tsambikakis<sup>408</sup>.

---

compared to the position of the defendant” (*Principles of Criminal Law*. Seventh Edition. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 71).

<sup>405</sup> La justicia en la Constitución Europea: Aproximación al derecho a la presunción de inocencia a través de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Garantías Fundamentales del Proceso Penal en el espacio judicial europeo*. Coord. Andrés de La Oliva Santos, Teresa Armenta Deu y M<sup>a</sup> Pía Calderón Cuadrado. Madrid: Editorial Colex, 2007, p. 159.

<sup>406</sup> TONINI, Paolo; *ob. cit.*, p. 414.

<sup>407</sup> Segundo Tonini, “Tal principio costituzionale sembra porsi in contraddizione con l’art. 13, comma 5, Cost., che consente la limitazione della libertà personale anche prima della sentenza irrevocabile. Il contrasto appare ancora più accentuato ove si tenga presente che le misure cautelari possono arrivare ad um livello di coercizione pressoché coincidente con quello della pena (si pensi alla somiglianza tra la custodia cautelare in cárcere e la pena della reclusione)”, *ob. cit.* p. 426

<sup>408</sup> *Strafprozessordnung Kommentar*, p. 480.

Em resumo, o princípio da presunção de inocência corresponde a um dos pilares conformadores do processo penal. Por isso mesmo, nenhum instituto pode seguir indiferente aos seus efeitos, quer como regra de tratamento, quer como regra probatória.

## 1.2 O princípio da presunção de inocência como regra de tratamento

No Estado de Direito democrático, o princípio da presunção de inocência funciona tanto como regra probatória, quanto regra de tratamento. Essa última impacta especialmente a prisão preventiva, pois impede que ela se transforme em uma pena antecipada. Porém, somente com base no regime de sua execução, será possível, efetivamente, diferenciá-la de uma sanção penal<sup>409</sup>.

Gilberto Lozzi, referindo-se ao art. 27, da CI, comenta que o princípio não só constitui uma regra relacionada à declaração da responsabilidade, mas encerra a proibição de qualquer forma de restrição da liberdade da pessoa, no sentido de parecer uma antecipação de pena<sup>410</sup>.

Para Tomás Antón, o núcleo duro do princípio indica que o arguido deve ser tido como inocente (tratado como inocente e julgado como inocente), enquanto sua culpabilidade não restar provada para além de toda dúvida razoável<sup>411</sup>.

Segundo Richard Lippke, uma pessoa contra quem não há culpa formada e confirmada, não pode ser tratada como criminosa, malgrado subsista razões cautelares para sua prisão preventiva<sup>412</sup>.

---

<sup>409</sup> Cf. TSAMBIKAKIS, Michael; *Strafprozessordnung Kommentar*, p. 480.

<sup>410</sup> *Lezioni di Procedura Penale*, p. 297-298.

<sup>411</sup> *El Proceso Penal de la Presunción de inocencia*, p. 31. Por isso mesmo, registra que “se ha dicho que la presunción de inocencia tiene, por tanto, un significado, cuando menos, doble: regla de tratamiento y regla de juicio” (idem, ibidem).

<sup>412</sup> Para Lippke, “I contend that individuals not yet convicted of crimes should not be treated like those who have been, even assuming that contemporary forms of imprisonment can be justified. Specifically, I maintain that we ought to do much more to make pretrial detention as little like imprisonment as we can, consistent with its crime prevention aims. Though I am doubtful that reforms of the kinds I propose are in the offing, that fact, if it is one, has implications for the criteria to be employed in utilizing pretrial detention. Simply put, the more like ordinary imprisonment it is, the harder it should be to justify. This leads into the discussion in the second section of the chapter, in which I argue that we should tighten up the criteria for employing pretrial detention and strictly limit its duration. Simplifying a bit, I argue that individual should be assigned to pretrial detention only if there is strong evidence that they have committed serious crimes and that

Por conta do princípio da presunção de inocência, sobre tudo enquanto regra de tratamento em favor do arguido, bem como em razão do princípio da jurisdicionalidade, Luigi Ferrajoli considera a prisão preventiva ilegítima e inadmissível<sup>413</sup>. Para ele, não há como defendê-la, principalmente em razão do princípio *nulla poena sine iudicio*<sup>414</sup>.

Essa regra garante à pessoa aquele *status* de inocente presumido. Com isso, atribui-se-lhe um conjunto de direitos e deveres compatíveis com a condição de suspeito ou arguido não condenado criminalmente.

No caso *Shyti vs. Romania*, a Corte EDH reconheceu que o princípio da presunção de inocência funciona como um regra de tratamento do acusado<sup>415</sup>, de modo que no curso do processo, o arguido não possa ser apresentado como culpado, muito embora possa subsistir contra ele evidências suficientemente contrárias.

Por isso que o *status* de inocente presumido é uma condição jurídica. O cidadão, o suspeito ou arguido, devem ser vistos *prima facie* como inocentes, porque há uma série de consequências jurídicas dessa condição.

Praticamente, todas as leis estaduais de execução da prisão preventiva na Alemanha prevêm, nos seus artigos iniciais, uma disposição, segundo a qual, considera-se como inocente o preso preventivamente<sup>416</sup>.

---

they pose a substantial risk to others or are likely to abscond or otherwise interfere with the course of justice” (*Taming the Presumption of Innocence*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 157).

<sup>413</sup> *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*, p. 561.

<sup>414</sup> Para Ferrajoli, “Io penso invece che la stessa ammissione in via di principio della carcerazione ante iudicium, qualunque fine le si voglia associare, contraddice alla radice il principio di giurisdizionalità: che non consiste nel poter essere arrestati solo per ordine di un giudice, ma el poterlo essere solo sulla base di un giudizio. Peraltro, ogni arresto senza giudizio offende il sentimento comune della giustizia, essendo avvertito come un atto di forza e di arbitrio. Non c’è infatti nessun provvedimento giudiziario e forse nessun atto dei pubblici poteri che susciti tanta paura e insicurezza e mini la fiducia nel diritto, quanto l’imprigionamento talora per anni, di un cittadino senza processo. Ed è un misero paralogismo dire che il carcere preventivo non contraddice il principio *nula poena sine iudicio* – ossia la giurisdizionalità nel suo senso più lato perché non è una pena ma un’altra cosa: misura cautelare, o processuale o comunque non penale. Con simili truffe delle etichette, come vedremo nella parte quarta, è stata dissolta nel nostro come in altri ordinamenti la funzione di tutela del diritto penale e il ruolo stesso della pena quale misura punitiva esclusiva, alternativa ad altre sicuramente più efficaci ma non altrettanto garantiste” (*Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, p. 566).

<sup>415</sup> *Apud* BALSAMO, Antonio; *idem*, p. 132.

<sup>416</sup> Cf. *Sächsisches Untersuchungshaftvollzugsgesetz*, § 3 Grundsätze des Untersuchungshaftvollzugs. (1) Die Untersuchungsgefangenen sind zur Erfüllung des Haftzwecks sicher unterzubringen. (2) Sie gelten als unschuldig und sind so zu behandeln, dass selbst der Anschein vermieden wird, sie würden zur Verbüßung einer Strafe festgehalten; *BayUVollzG*, Art. 3 Stellung der Untersuchungsgefangenen. (1) Die Untersuchungsgefangenen gelten als unschuldig und sind entsprechend zu behandeln; *BremUVollzG*, § 4 Stellung der Untersuchungsgefangenen. (1) Die Untersuchungsgefangenen gelten als unschuldig. Sie sind so zu behandeln, dass der Anschein vermieden wird, sie würden zur Verbüßung einer Strafe festgehalten;

Por exemplo, na *JvollzGB II* de Baden-Württemberg, o § 2 (1) pontua que «*Untersuchungsgefangene gelten als unschuldig*». Ademais, na sua execução, ela também não pode transparecer uma pena. Como prevê o § 4 (1) da *UvollzG* de Berlim, para o qual «*Die Untersuchungsgefangenen gelten als unschuldig. Sie sind so zu behandeln, dass der Anschein vermieden wird, sie würden zur Verbüßung einer Strafe festgehalten*».

Em verdade, a condição de culpado, pressuposto necessário para impor uma sanção penal correspondente à privação de liberdade em um Estado de Direito democrático, não poderá existir sem uma prévia e concreta sentença criminal<sup>417</sup> (*nulla poena sine culpa*), prolatada no primeiro grau e confirmada em grau de recurso.

Então, o arguido não pode ser visto como culpado sem uma sentença condenatória. Por causa disso, qualquer medida interventiva no curso do processo deve basear-se em motivos processuais de natureza cautelar.

Segundo Clariá Olmedo, o estado de inocência pressumida não se destrói com a instauração de um processo criminal por meio de uma denúncia. Para tanto, supõe-se uma sentença penal condenatória revestida da autoridade de coisa julgada<sup>418</sup>. Significa dizer que o “estado jurídico de inocência” só será desconstituído caso reconhecida a culpa do arguido por meio de uma sentença definitiva<sup>419</sup>.

Carolina Crespo, na mesma direção, considera que a expressão presunção de inocência padece de uma contradição, uma vez que a presunção supõe a existência de um fato que demonstre exatamente o contrário. Por isso, ela reconhece como “perturbador, referir-se a la condición de inocencia de una persona considerándola una presunción y no

---

*HUVollzG*, § 4 Stellung der Untersuchungsgefangenen (1) Die Untersuchungsgefangenen gelten als unschuldig. (2) Sie unterliegen den in diesem Gesetz vorgesehenen Freiheitsbeschränkungen. Soweit das Gesetz eine besondere Regelung nicht enthält, dürfen den Untersuchungsgefangenen nur Beschränkungen auferlegt werden, die zur Aufrechterhaltung der Sicherheit, zur Abwehr einer schwerwiegenden Störung der Ordnung der Anstalt oder zur Umsetzung einer verfahrenssichernden Anordnung unerlässlich sind.

<sup>417</sup> OLMEDO, Jorge A. Clariá. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Nociones Fundamentales. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 240.

<sup>418</sup> Segundo Jorge Clariá Olmedo, “mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, aun cuando con respecto a ellos se haya abierto causa penal y cualquiera sea el progreso de esa causa. Frente al imputado es un estado del cual goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el período cognoscitivo de éste. Ese estado no se destruye con la denuncia, el procesamiento o la acusación; se requiere una sentencia penal condenatoria pasada em autoridad de coza juzgada: ‘juicio previo’” (*idem*, p. 241).

<sup>419</sup> *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Nociones Fundamentales. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 240.

una afirmación. A veces, sin embargo, el peso de la tradición obliga y por ello seguiré utilizando esa denominación, tras haber puesto de manifiesto su impropiedad”<sup>420</sup>.

Decerto, essa postura jurídica implica dizer que toda e qualquer pessoa goza, a bono da verdade, da condição de inocente. Em uma só palavra, mantêm-se essa qualidade, salvo quando desconstituída por meio de uma sentença condenatória não recorrível. Então, mais que uma presunção, corresponde a um *status*, malgrado na tradição jurídica seja identificada pela expressão “presunção de inocência”. Por isso que Kühne considera o princípio da instrução, por meio do qual o Estado deve provar a culpa, o consectário necessário do princípio *Unschuldsvermutung* (presunção de não culpa)<sup>421</sup>.

Está claro que o estado de inocência reflete uma garantia jurídico-constitucional. Essa condição, além disso, somente será quebrada na superveniência de uma sentença condenatória insindicable. Embora pensemos ser desnecessária a palavra “presunção”, o princípio relacionado à inocência presumida está previsto sob essa batuta no artigo 8º, n.º 2 da Convenção IDH, no artigo 14º, n.º 2, do Pacto IDCP e no artigo 6º, n.º 2, da Convenção EDH<sup>422</sup>. Todos, na essência, versam sobre o estado de inocência<sup>423</sup>. Este princípio, segundo Gero Meinen, possui uma relação concreta com o instituto da prisão preventiva<sup>424</sup>.

Com base no art. 14, n.º 2, do Pacto IDCP, bem como a partir do art. 18 da Constituição porteña, Javier Baños e Fernando Bujan, nesse mesmo sentido, reconhecem como o direito estentido a todo ser humano que se lhe dispense um trato jurídico de

---

<sup>420</sup> La justicia en la Constitución Europea: Aproximación al derecho a la presunción de inocencia a través de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Garantías Fundamentales del Proceso Penal en el Espacio Judicial Europeo*. Coord. Andrés de La Oliva Santos, Teresa Armenta Deu y M<sup>a</sup> Pía Calderón Cuadrado. Madrid: Editorial Colex, 2007, p. 165.

<sup>421</sup> Segundo Hans-Heiner Kühne, “Das Strafverfahren hat das Instruktionsprinzip nicht etwa als eine Möglichkeit der Prozesorganisation gewählt, sondern die Unterworfenheit des Strafverfahrens gegenüber dem Instruktionsprinzip folgt aus der Unschuldsvermutung, Art. 6 II EMRK, und damit aus dem Rechtsstaatsprinzip. Auf der Basis eines verständnisses wonach jedermann – bis zum gerichtlichen Beweis des Gegenteils – als unschuldig zu gelten hat, ist es eine zwingende Konsequenz, allein dem Staat als VErtreter der Anklage die Beweislast dafür aufzulegen, dass jemand schuldig sei. Anders gewendet: die Unschuldsvermutung entbindet jeder Bürger davon, sich in Hinblick auf deliktische Verdachtsmomente entlasten oder auch nur dazu beitragen zu müssen. Die Unschuldsvermutung bedingt somit das Instruktionsprinzip” (*Strafprozessrecht*, p. 163).

<sup>422</sup> Art. 6. 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. Cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*. 26. Auflage. München: C.H. Beck, 2009, p. 61.

<sup>423</sup> Cf. MINVIELLE, Bernadette; La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) y El enjuiciamiento Penal. *Summa Procesal Penal*. Director Pedro J. Bertolino. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 515.

<sup>424</sup> Cf. MEINEN, Gero; *Untersuchungshaft*. In: *Handbuch zum Strafverfahren*. Org. Prof. Dr. Miachel Herhmanns und Prof. Dr. Dr. Uwe Scheffler. München: Verlag C.H. Bech München, 2008, p. 326.

inocente, até o momento em que subsistir um título válido que possa legitimar a restrição da liberdade. Em outro dizer, “que cualquier persona goza de un ‘estado jurídico de inocencia, hasta tanto medie una condena firme’”<sup>425</sup>.

No mesmo diapasão, Roberto Falcone sustenta que o estado de inocência não pode ser compreendido como uma doutrina relacionada exclusivamente às provas que impõe sua carga à acusação, mas como um estado jurídico só desconsiderado quando surgir uma condenação contrária<sup>426</sup>.

Em outras palavras, qualquer pessoa detém o *status* de inocente, enquanto não declarada sua culpa no bojo de um processo penal. Essa corresponde à compreensão mais próxima possível do espírito francês que substituiu o processo inquisitivo no século XVIII. Por isso, cuida-se sobretudo de uma regra de tratamento<sup>427</sup> a ser dispensada em favor do arguido<sup>428</sup>.

---

<sup>425</sup> *Carantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Lajavane, 2009, p. 111. Explica Javier Baños e Fernando Buján que: “Este ‘estado jurídico’ de inocencia, no depende de la mayor o menor ‘prueba’ colectada en contra de un imputado ni de la existencia o inexistencia de medidas de coerción ordenadas respecto de un procesado. Lo único que puede hacer variar este estado jurídico, por imperio constitucional, es la sentencia firme emanada del juez natural de la causa. En apretada síntesis debe aceptarse que nadie puede ser tratado como culpable, esto es, ‘sufrir pena’, mientras tanto no se lo haya así declarado en una sentencia que haya pasado en autoridad de cosa juzgada. Mientras dura el proceso, el imputado goza de ese ‘estado jurídico inocente’ que solo finaliza con la mencionada decisión jurisdiccional firme. No interesa que el imputado haya o no cometido el hecho, no se trata de descifrar un problema óptico ontológico sino antes bien, de una situación legal taxativamente regulada en el campo constitucional. La C.N., a partir de su art. 18, indica expressamente que ‘ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo’, esto es – según lo há interpretado nuestra doctrina y jurisprudência – sin ‘juicio lógico’ contenido en la sentencia condenatoria firme del juez natural. Por lo tanto, nadie puede sufrir pena anticipada, hasta que el estado exhiba al decir de Velez Mariconde ‘el único título jurídico idóneo’ que puede respaldarla (la sentencia firme)” (*ob. cit.* p. 112).

<sup>426</sup> Cf. La Prisión Preventiva frente a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y La Ley Procesal Penal. *Summa Procesal Penal*. Director Pedro J. Bertolino. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 1527. Segundo Roberto Falcone, “Durante el desarrollo del proceso el estado jurídico de inocencia – mal llamado ‘presunción’ – y el derecho a la libertad personal constituyen principios universales propios del humanismo penal liberal, que resultan burlados cuando a alguien que se reputa inocente se lo somete al régimen de prisión preventiva, la mayoría de las por largo tiempo. En un estado social y democrático de derecho tanto su adopción como su mantenimiento deben ser excepcionales, de aplicación subsidiaria, provisional, proporcional a la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con su naturaleza. La presunción de inocencia no puede ser entendida como una doctrina acerca de la carga de la prueba, tal la concepción de La Fave e Israel, sino como un estado jurídico que únicamente puede ser destruido por la sentencia condenatoria firme (*ob. cit.*, p. 1527).

<sup>427</sup> Cf. CASTRO, Jorge; *Ainda a presunção de inocência*. *Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*. Tomo LVIII. N.º 319 - Julho/Setembro 2009. Braga: Universidade do Minho, 2009, p. 529.

<sup>428</sup> Em relação a essa dimensão, escreve Alexandra Vilela: “Do que foi dito até ao presente momento, podemos concluir que a presunção de inocência possui um duplo significado, seja enquanto regra de tratamento a dispensar ao arguido ao longo do processo, seja enquanto regra de juízo, fundando-se cada um deles numa cultura jurídica própria, ou no legalismo do iluministas continentais, ou no pragmatismo

Para outros, trata-se de uma presunção favorável ao cidadão, no sentido de que será considerado inocente, enquanto não declarado culpado pela prática de um crime. De modo que, só uma sentença condenatória poderá derrubar essa presunção<sup>429</sup>.

Em função disso, o indivíduo, mesmo suspeito de um delito, deve permanecer em liberdade enquanto durar o processo penal. É essa a regra norteadora. Os demais casos devem ser considerados como exceções, e como toda exceção, sua interpretação deve ser, por excelência, restritiva.

Por exemplo, no caso de uma pessoa sem antecedentes criminais detida por conta de um crime violento, há que ponderar, ou mantê-la presa preventivamente por razões de segurança, dado o perigo de reiteiração, ou restaurar sua liberdade, ainda que sob condições, como uma obrigação de apresentação periódica, em razão da inocência constitucional presumida. Para esse caso, uma obrigação de permanência na habitação responderia à necessidade de equilibrar as finalidades do processo penal concernentes à realização da justiça e garantia dos direitos individuais, por ser menos interventiva, sem deixar de ser uma medida cautelar do processo.

Com efeito, o art. 137, do CPP francês consignou que todo acusado deve ser presumido inocente e por essa razão permanecerá livre<sup>430</sup>. Assim, prevê que *toute personne*

---

gnosiológico jurídico anglo-saxônico, respectivamente e cada um deles com um campo de atuação distinto. Quanto ao primeiro sentido que pode ser dado à presunção de inocência, impõe-se apontar que, embora recaiam sobre o acusado suspeitas da prática de um crime, ele será tratado como se fosse inocente até que seja proferida condenação definitiva, não podendo, de qualquer jeito, encontrar-se diminuído social, moral e fisicamente no confronto com os outros cidadãos, que, ao momento, não se encontram sujeitos a qualquer processo crime. Assim, a liberdade pessoal do arguido inspira-se na presunção de inocência, de tal forma que, se no decurso daquele se revelar necessária aplicação de alguma medida de coação, esta não pode configurar a função da sanção que se aplica a alguém cuja responsabilidade penal se encontra provada. Encontra-se, em suma interdita qualquer forma de equiparação do acusado ao culpado; encontra-se, por maioria, proibida a execução provisória da sentença de condenação e qualquer antecipação de pena. A presunção de inocência nesta acepção pode pois ser encarada enquanto postulado diretamente relacionado com o modo como se trata o incriminado durante todo o processo penal, e que por tal motivo se liga à sua liberdade individual, obrigando todos os intervenientes do processo a partir de um estatuto de inocência, que, em última análise, implica a redução ao mínimo das medidas restritivas de direitos. Este o sentido que foi dado explicitamente à presunção de inocência na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789” (*Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 58).

<sup>429</sup> Cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*, p. 69; KÜHNE, Hans-Heiner; *Strafprozessrecht*, p. 162.

<sup>430</sup> Sobre cf. GUÉRY, Christian; *Détention Provisoire*. Paris: Dalloz, 2001, p. 11.

*mise en examen, présumée innocente, demeure libre*<sup>431</sup>. Porém, com base em razões de ordem processual e de segurança, será possível impor obrigações de controle judiciário.

Então, caso necessário à instrução ou como medida de segurança, o investigado ou acusado poderá submeter-se às obrigações impostas pelo judiciário e sendo essas insuficientes, cabe vigilância eletrônica, reza o art. 137, do CPP francês. Por fim, excepcionalmente, não sendo suficiente as obrigações de controle judiciário, a imposição de residência ou a vigilância eletrônica, para aqueles objetivos, poderá ser colocado em prisão preventiva.

Portanto, vê-se no CPP francês, que há uma indicação normativa precisa, dando conta da excepcionalidade da prisão preventiva<sup>432</sup>. Lá, tem-se uma escala de medidas cautelares que devem ser consideradas. Parte-se da menos grave para chegar a mais interventiva. Diz o art. 137, *a titre exceptionnel, si les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ne permettent pas d'atteindre ces objectifs, elle peut être placée en détention provisoire.*

Michèle-Laure Rassat recorda que o direito medieval não só ignorava a presunção de inocência, como os réus eram presumidos culpados. Com isso, eram postos em difícil

---

<sup>431</sup> Article 137. *Mise en examen. Toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre. Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou, si celles-ci se révèlent insuffisantes, être assignée à résidence avec surveillance électronique. A titre exceptionnel, si les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ne permettent pas d'atteindre ces objectifs, elle peut être placée en détention provisoire.*

<sup>432</sup> Segundo explicação de Christian Guéry, "L'article 137 du Code de procédure pénale posait le principe que la «personne mise en examen reste libre sous à raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté à être soumise au contrôle judiciaire ou à titre exceptionnel placé en détention provisoire». Sa nouvelle rédaction, issue plus explicite: «La personne mise en examen, présumé innocent reste libre. Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire. Lorsque celles-ci se révèlent insuffisantes ou regard de ces objectifs, elle peut, à titre exceptionnel, être placée en détention provisoire». À propos de cette dernière affirmation, M. Chambon écrivait en 1989: «Le législateur qualifie d'exceptionnelle la Le détention provisoire parce qu'il sait qu'elle ne l'est pas, et qu'il voudrait bien qu'elle le fut». Le législateur avait encore rappelé le principe en introduisant dans l'article 144, alinéa premier, qui a disparu dans la mouture de juin 2000. Pourtant nous avons vu dans l'introduction que le caractère exceptionnel de la détention reste souvent en France un *vous pieu*. Les termes utilisés en cas de prolongation de détention au-delà d'un an «toutefois, à titre exceptionnel...» sont d'ailleurs identiques (C. pr. Pén., art. 145-1, al-2). La formule est des lors plus incantatoire qu'efficace et le législateur a dû chercher des moyens plus efficaces pour tenter de limiter le recours à la détention provisoire et sa durée. À l'affirmation du caractère exceptionnel de la détention est lié un autre principe: celui de la primauté du contrôle judiciaire. Le contrôle judiciaire doit être insuffisant avant que l'on puisse songer à placer en détention. C'est ce principe qu'expose désormais très clairement l'article 137 du Code de procédure pénale (*Détention Provisoire*, p. 23-24).



posição para se defenderem, bem como não podiam, na ausência de provas positivas que dessem conta da inocência, valerem-se da autoridade da coisa julgada<sup>433</sup>.

No processo penal do alto medievo, mesmo diante da insuficiência da prova, baseava-se nela para lhes imputar uma “semi-culpabilidade”, consequentemente condená-los, malgrado a uma pena mais reduzida. Ou seja, praticamente ignorado o princípio ou mesmo invertido o sentido da presunção de inocência, regista Ferrajoli<sup>434</sup>.

Mário Magariños, de igual sorte, corrobora o estado de inocência como uma garantia constitucional. Por conta desse imperativo, a regra é a liberdade, ainda que o sujeito responda um processo penal<sup>435</sup>.

No mesmo sentido do art. 137 do CPP francês, o art. 3º, n.º 1, da Lei de Execução da Prisão Preventiva<sup>436</sup> do Estado alemão da Baviera (*BayUVollzG*)<sup>437</sup>, consigna, entre outras diretrizes, que o preso preventivo é considerado um inocente e deve ser tratado como tal (*Die Untersuchungsgefangenen gelten als unschuldig und sind entsprechend zu behandeln*).

Esse tratamento como inocente, regista Binder, supõe que se evite tanto quanto possível, que a prisão preventiva pareça uma pena, muito embora “esto es casi imposible;

---

<sup>433</sup> *Procédure pénale*. 3 édition. Paris: Ellipses, 2017, p. 241.

<sup>434</sup> Regista, nesse sentido, Ferrajoli: “(...) *Benché risalga al diritto romano, il principio della presunzione d’innocenza fino a prova contraria fu offuscato, se non addirittura capovolto, dalle pratiche inquisitorie sviluppatesi nel Tardo Medioevo. Basta ricordare che nel processo penal medioevale l’insufficienza della prova, qualora lasciasse sussistere un sospetto o un dubbio di colpevolezza, equivaleva a una semi-prova, che comportava un giudizio di semi-colpevolezza e una semi-condanna a una pena più leve. Solo all’inizio dell’età moderna esso venne riaffermato con decisione: «io non capisco», scrisse Hobbes, «come si possa parlare di delitto, senza che sai stata pronunciata una sentenza, né come sai possibile, sempre senza una precedente sentenza infliggere una pena». E se Pufendorf incluse nella definizione stessa di «poena» il fatto d’esse irrogata «post cognitionem delicti». Beccaria affermò che «un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sai deciso ch’egli abbia violato i patti co’quali gli fu accordata». Sai il principio di giurisdizionalità che la presunzione d’innocenza dell’imputato furono infine sanciti dall’art. 8 della costituzione della Virginia e dagli articoli 7 e 9 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo dell’89” (*Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, p. 560).*

<sup>435</sup> Garantías constitucionales del derecho procesal penal. *Summa Procesal Penal*. Director Pedro J. Bertolino. Tomo I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 490

<sup>436</sup> Sobre a Lei de Execução da Prisão Preventiva na Alemanha, cf. BAUMANN, Jürgen; *Entwurf eines Untersuchungshaftvollzugsgesetzes*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1981; SEEBODE, Mandred; *Der Vollzug der Untersuchungshaft*. Berlin: Walter de Gruyter, 1985;

<sup>437</sup> Cf. SIPEMANN, Sarah; *Die Entwicklung einer gesetzlichen Basis für das Recht der Untersuchungshaft auf Bundes und auf Landesebene (Das BayUVollzG)*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2012; GRUNAU, Theodor; *Untersuchungshaftvollzugsordnung (UVollzO)*. 2., Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1972; FIRCHAU, Lars. *Das fachgerichtliche Rechtsbehelfssystem der Untersuchungshaft sowie die Regelung des Vollzuges*. Unter Einbeziehung des Bayerischen Untersuchungshaftvollzugsgesetzes. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2013;

el so hecho de la privación de la libertad hace que el encarcelamiento preventivo sea semejante a una pena”<sup>438</sup>. Ou seja, evitar aquilo que Farrajoli chama de «*truffe delle etichette*» ou burla da etiqueta<sup>439</sup>.

Por isso mesmo, Binder defende um princípio de minimização da violência a que se submete o preso preventivamente, sob pena de perder sua legitimidade constitucional. Para ele, esse princípio reúne o mesmo grau de importância em relação aos demais princípios relacionados à prisão preventiva<sup>440</sup>.

Decerto, impõe-se demarcar com clareza as fronteiras entre um preso condenado e um preso preventivamente. Segundo Binder, “lo que no se puede admitir en modo alguno es que el imputado comience a ser clasificado, a ser sometido, a tratamiento, es decir, a ser tratado dentro de la cárcel como si fuera un condenado”<sup>441</sup>. Por exemplo, mostra-se impertinente celas ou restrições incompatíveis com a condição de inocente, como uma “rotina presidiária cercada de limitações e pautada por deveres”.

Então, resulta do princípio da presunção de inocência uma regra de tratamento específica em favor do arguido. Disso, extrai-se diversas consequências, sobretudo em relação ao regime de execução da prisão preventiva. Por exemplo, há que subsistir um conjunto de direitos que o preserve e o diferencie de um condenado.

Com efeito, um arguido deve ser visto como inocente, enquanto não provada sua culpa, ainda que admissível sua prisão preventiva, fundada em fortes indícios de prática de crime doloso grave, com o fim de impedi-lo de fugir, perturbar o processo ou colocar em risco a ordem e tranquilidade públicas.

Dentro do Estado de Direito social, na sequência proposta por Figueiredo Dias, o processo penal cumpre uma função comunitária, por isso mesmo não pode servir unicamente como instrumento de proteção do indivíduo. Na hipótese, “o Estado não surge nem como poder oficial-autoritário, nem como poder ordenador de proteção do arbítrio individual”<sup>442</sup>.

O TC, por meio do Acórdão n.º 109/19, reiterou a posição da Corte portuguesa, no sentido de que “o princípio da presunção de inocência tem um carácter de garantia

---

<sup>438</sup> *Introducción al derecho procesal penal*, p. 203.

<sup>439</sup> *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, p. 566.

<sup>440</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>441</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>442</sup> *Direito Processual Penal*, p. 68.

individual, impondo que seja dispensado determinado tratamento a uma pessoa sobre quem recaia a suspeita de prática de um crime”. Então, por meio dele, um arguido não pode ser tratado como um culpado, por isso deve ser destinatário de direitos inerentes ao inocente, malgrado presumido.

Portanto, o princípio da presunção de inocência como regra de tratamento tem por uma de suas funções preservar os direitos do arguido, por conseguinte, garantir uma medida de coação condigna à condição de inocente, a despeito das evidências relacionadas à prática do crime.

### 1.3 O princípio da presunção de inocência como regra probatória

O princípio em questão possui também estreita relação com a regra *in dubio pro reo*<sup>443</sup>. Isto é, na dúvida o juiz deve decidir em favor do réu<sup>444</sup>. Para condená-lo, então, exige-se certeza da culpabilidade<sup>445</sup>. Com isso, diminui-se, sobremaneira, o risco de condenar um inocente. Esse princípio, a bono da verdade, resulta de uma evolução histórica do processo penal<sup>446</sup>.

No curso do iluminismo, mormente no final do século XVIII, questionava-se o processo inquisitório, onde o Estado, por meio o seu império, reprimia o crime com

---

<sup>443</sup> Sobre cf. BOLINA, Helena Magalhães; Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1994.

<sup>444</sup> Para Beulke, “Der Grundsatz *in dubio pro reo* – im Zweifel für den Angeklagten – hat zwei Bedeutungen: Nur der schuldige Angeklagte sol bestraft werden (Schuldgrundsatz), und ferner soll die Schuld dem Angeklagten in einem prozessordnungsgemäßen Verfahren nachgewiesen werden (Rechtsstaatsgrundsatz, Art. 20 III GG). Er hat damit sowohl materiell-rechtlichen als auch prozessualen Charakter. Als Rechtsgrundlage wird vielfach auf die in Art. 6 II EMRK enthaltene Unschuldsvermutung sowie auf §261 stop verwiesen, obwohl der *in-dubio-pro-reo-Grundsatz* in diesen Bestimmungen nicht unmittelbar erwähnt ist” (*Strafprozessrecht*, p. 32).

<sup>445</sup> Sobre o princípio e a regra definitiva de provas, cf. FRÄNDE, Dan; *The presumption of innocence and the Finnish Law of Evidence*. Festschrift für Helmut Fuchs. Herausgegeben von Susanne Reindl-Krauskopf et ali. Wien: Verlag Österreich GmbH, 2014, p. 163.

<sup>446</sup> Cf. STUCKENBERG, Carl-Friedrich; *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, p. 11; cf. MAIER, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, p. 490; cf. UBERTIS, Giulio; *Sistema di Procedura Penale*, p. 227.

expedientes secretos em que bastava uma denúncia anônima para caracterizar uma “presunção de culpabilidade”<sup>447</sup>.

Em Cesare Beccaria, com a publicação de *Dei delitti e delle pene* (1764), restaura-se o princípio da presunção de inocência. Diga-se, restaure-se, porque o princípio nunca sumiu do mapa, especialmente no modelo britânico.

Segundo Ettore Dezza, a presunção de inocência, na percepção inglesa, não dizia apenas que o acusado era considerado inocente até a sentença condenatória definitiva, mas também que (a) nenhum poder coercitivo poderia ser exercido pela polícia ou outra autoridade contra um sujeito, caso não existisse *una ragione evidente di sospettarlo dela commissione di un reato*; (b) ninguém podia ser punido sem que sua culpabilidade fosse demonstrada pela acusação; (c) a culpabilidade deveria ser estável, baseada em um *standard* conhecido pela expressão *beyond reasonable doubt*, ou seja, para além de uma dúvida razoável (*oltre ogni ragionevole dubbio*)<sup>448</sup>.

Sem embargo, o art. 9º, da Declaração Universal proclamada na França em 1789, hoje presente no preâmbulo da Constituição de 1958<sup>449</sup>, permanece como marco da presunção de inocência no espaço continental europeu. Prevê que: “Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei”.

Então, por conta do princípio da presunção de inocência, cabe ao Estado, por meio do seu sistema de persecução criminal, provar que os suspeitos ou investigados são culpados. Portanto, nessa perspectiva, o princípio funciona como uma regra de prova, primeiro no sentido de estabelecer a quem compete as deduzir, depois no sentido de que, na hipótese de inconsistência da prova, deve-se decidir pela absolvição.

---

<sup>447</sup> Segundo Alexandra Vilela, relativamente aquele processo inquisitório, “É caracterizado pelo facto de o mesmo órgão – juiz – acumular as funções de instrução, acusação e de julgamento, ocupando inquestionavelmente uma posição de superioridade sobre o arguido, que aparece desnudado de qualquer tipo de garantias. É também um processo totalmente escrito, secreto e em grande medida sem contraditório. Nele há lugar à denúncia secreta e a mais ténue suspeita pode dar azo à instauração de um processo crime contra o acusado que tinha, desde o início, sobre si, uma presunção de culpabilidade, com consequências não só ao nível probatório, como também ao nível do tratamento que lhe era dispensado ao longo do processo” (*Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 29).

<sup>448</sup> *Breve Storia del Processo Penale Inglese*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 107-108.

<sup>449</sup> Cf. BOULOC, Bernard; *Procédure pénale*, *ob. cit.*, p. 116.

Nesse sentido, decidiu a Corte EDH nos casos *John Murray vs. Reino Unido*, *Telfner vs. Austria* e *Mangano vs. Italia*, pois como regra de juízo, o princípio da presunção de inocência indica que uma pessoa só será considerada culpada quando provada sua responsabilidade para além de qualquer dúvida razoável. Sendo que, cabe a quem acusa o ônus de prová-la<sup>450</sup>.

Porém, há-de se registrar que o TC, no Acórdão n.º 391/2015, reconheceu que as provas indiretas ou as ditas presunções judiciais são compatíveis com o princípio da presunção de inocência, posição essa que merece ser vista *cum grano salis*, ao nosso ver.

Não haveria, por essa razão, qualquer obstáculo ao uso dessas provas, quer na fase de inquérito, quer na fase do julgamento. Com base nessas mesmas razões, o TC, no Acórdão n.º 521, decidiu não julgar inconstitucional o art. 125.º do CPP, “na interpretação de que a prova indiciária e a prova por presunções são admissíveis em direito penal e em direito processual penal”, porquanto não contende com o princípio da presunção de inocência.

O dispositivo em referência prevê a regra da não taxatividade dos meios de prova, com isso o juiz poderia, por conta do princípio da livre apreciação da prova (art. 127º), condenar um acusado com base em presunções judiciais derivadas de prova direta confiável e consistente. Até porque, com base no art. 124º, qualquer fato juridicamente relevante pode vir a ser um objeto de prova, capaz de determinar a existência ou não do crime, bem como a (in)punibilidade do arguido.

Sucedo o seguinte, quando o Tribunal no Acórdão n.º 391/2015 considera que “a presunção de inocência é superada por uma presunção de sinal oposto prevalecente”, inverte de algum modo o ônus de prova, subvertendo um dos efeitos do princípio da presunção de inocência. Invoca, por exemplo, o Acórdão n.º 448/1987, que naquele caso declarou que para afastar a presunção contra réu bastaria que ele indica-se qualquer situação de incerteza.

---

<sup>450</sup> *Apud* BALSAMO, Antonio; *Il Conenuto dei Diritti Fondamentali. Manuale di Procedura Penale Europea*, p.

Ora, parece-nos clara a inversão indevida do ônus da prova, caso a presunção judicial ou prova indiciária<sup>451</sup> seja suficiente à formação do juízo de culpabilidade, pois não deixa de desconsiderar, por completo, o princípio da presunção de inocência.

Convém, no entanto, sustentar que a presunção ou prova indireta não é meio de prova<sup>452</sup>, mas um processo de raciocínio pautado no silogismo, por meio do qual alguém chega a uma conclusão a partir de um fato base (indício). Ele funciona como uma premissa menor, que por meio de um critério lógico (máxima de experiência/premissa maior), chega-se a um fato pressumível.

A questão que se coloca é a seguinte: pode-se condenar alguém com base em uma só presunção? Tudo dependerá da sua maior ou menor relação com o fato criminoso, responde Jordi Fenoll<sup>453</sup>.

De todo modo, contra a prova indireta haverá sempre o “dique” da presunção de inocência em favor do réu. Por isso que no processo penal, as provas devem ser suficientes a ponto de eliminar qualquer incerteza no juiz que decidirá a causa, pois ao sabor da menor delas, impõe-se a absolvição. «*Denn der Angeklagte darf nur dann verurteilt werden, wenn das Gericht zweifelsfrei von der Schuld, und damit von der Tatbegehung, überzeugt ist*», resistam Hartmann e Schmidt<sup>454</sup>.

Essa solução resulta de séculos, na qual se optou pela prevalência do inocente, ou seja, impedir que um inocente seja punido<sup>455</sup>.

Esse princípio será invocado, sobretudo no sistema anglo-saxão, por isso contrário ao modelo romano-germânico, depois de pesar quaisquer lacunas em favor do

---

<sup>451</sup> Sobre a prova indiciária, cf. TONINI; Paolo; *Manuale di Procedura Penale*, p. 228; cf. KÜHNE, Hans-Heiner; *Strafprozeßrecht*, p. 321; cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMMAN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*, p. 397.

<sup>452</sup> Segundo o escólio de Fenoll, “La presunción no es un medio de prueba, a pesar de que las legislaciones antiguas con frecuencia la trataran como tal, prohibiendo que pudiera condenarse a una persona solamente a través de indicios (Partida III, tít. XIV, Ley 12) como parte del sistema de prueba legal, lo que resultaba completamente erróneo, por las razones que vamos a ver a continuación. La presunción há sido calificada también como prueba ‘indirecta’, cuando lo que sucede es que ni siquiera es una prueba. Se trata simplemente de una forma esquemática de exponer el razonamiento propio de la lógica formal, y que se expresa a través de la descripción del presente silogismo: 1. hecho base o indicio (premissa menor); 2. Máxima de experiencia o criterio lógico (premissa mayor); 3. hecho presunto (conclusión). De esa forma, a través de um hecho que consideramos seguro (indicio), deducimos, utilizando el razonamiento lógico, el acaecimiento de outro hecho, que es el que queremos averiguar (hecho presunto)” (*Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, p. 277-278).

<sup>453</sup> *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, p. 277.

<sup>454</sup> *Strafprozessrecht. Grundzüge des Strafverfahrens*, p. 279.

<sup>455</sup> FENOLL, Jordi Nieva; *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, p. 279.

suspeito, do acusado ou do defendido, enquanto no sistema alemão, cujo modelo mais se aproxima ao sistema processual penal português, a presunção de inocência segue presente durante o processo, só rompida depois da exaustão do processo de apelação<sup>456</sup>.

Nesse sentido, Maria João Antunes comenta que “o princípio *in dubio pro reo* encontra fundamento jurídico-constitucional no artigo 32º, n.º 2, da CRP, na parte em que garante que todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação”<sup>457</sup>.

Em resposta a Manzini, que criticava a presunção de inocência por considerá-la um obstáculo à persecução penal, Clariá Olmedo indicava o art. 9º, da Declaração francesa de 1789, quando consigna que se o arresto for indispensável, deve ser reprimido pela lei todo o rigor desnecessário para a seguridade da pessoa<sup>458</sup>. Então, caberia a prisão preventiva reservada aos casos de necessidade<sup>459</sup>, segundo um enquadramento legal.

Em regra, há duas formas de compreender, na visão de Andrew Stumer, o princípio da presunção de inocência<sup>460</sup>. Em uma primeira perspectiva, tem-se a garantia, segundo a qual, na hipótese de dúvida sobre a culpabilidade do acusado, deve-se optar pela sua inocência ao invés de condená-lo. Em uma segunda compreensão, um pouco mais elástica, porém não menos precisa, corresponde a um conjunto de regras processuais de tratamento compatíveis com a condição de inocente.

Então, pode-se catalogar as seguintes derivações do princípio da presunção de inocência: (a) direito a permanecer em liberdade durante o curso do processo; (b) não se pode declarar uma condenação sem a certeza sobre a responsabilidade do acusado; (c) não é possível admitir provas obtidas mediante a vulneração dos direitos fundamentais; (d) não

---

<sup>456</sup> BOHLANDER, Michael; *Principles of German Criminal Procedure*. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 21.

<sup>457</sup> *Direito Processual Penal*, p. 172.

<sup>458</sup> *Idem*, p. 244.

<sup>459</sup> Sobre a legitimidade da prisão preventiva, cf. PAEFFGEN, Hans-Ulrich; *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, p. 742,

<sup>460</sup> “Academics have identified two facets to the presumption of innocence. The first is a rule applicable at trial that the burden of proof is on the prosecution to prove the guilt of the defendant beyond reasonable doubt. This facet was described in *Woolmington v DPP* as the ‘golden thread’ of English criminal law. It is the more familiar aspect of the presumption of innocence, at least to common law lawyers, and it is sometimes treated as exhaustive of its content. The second facet is a more general principle that the treatment of the defendant throughout the criminal process should be consistent, as far as possible, with his or her innocence. Used in this broader sense, the presumption of innocence underpins the whole range of rules intended to ensure fairness to defendants” (Cf. *The Presumption of Innocence. Evidential and Human Rights Perspectives*). Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010, Introduction).

é legítimo inverter o ônus da carga da prova; (e) não é válido presumir a culpabilidade do imputado, ou seja, o acusado não está obrigado a provar sua inocência; (f) não são legítimas as presunções legais de culpabilidade dos delitos de suspeita; (g) não é aceitável “la expedición de pesca” em que se busca um crime (um processo penal sem que exista um fato punível)<sup>461</sup>.

Portanto, relativamente à regra probatória, essa presunção impede a inversão do ônus da prova, que provas ilícitas sejam admitidas no processo e qualquer tentativa de presunção de culpabilidade.

Destarte, quando se trata de medidas de coação, o princípio da presunção de inocência, tanto na perspectiva de regra de tratamento, quanto na perspectiva de regra de probatória, ocupa uma especial centralidade na orientação de todo o instituto da prisão preventiva<sup>462</sup>, mormente porque entre eles subsiste uma relação de tensão<sup>463</sup>.

Fica claro que com a presunção de inocência, o cidadão não pode ser tratado de início como culpado, pois essa condição supõe provas robustas e contraditadas no bojo de um processo penal. Com isso, a prisão preventiva não pode ser usada como antecipação da pena, mas tão-somente como medida coercitiva a serviço de exigências processuais de natureza cautelar<sup>464</sup>, sempre à vista daquelas finalidades do processo penal, quais sejam, descobrir a verdade e realizar justiça, garantir os direitos individuais e restabelecer a paz jurídica rompida com o crime.

#### 1.4 O princípio da presunção de inocência e a Directiva (UE) 2016/343

Hoje, a UE funda-se em dois tratados que resultaram da cimeira de Lisboa no ano de 2007: o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Com isso, existe agora uma só estrutura normativa para todas as áreas

---

<sup>461</sup> LIBARONA, Mariano Cúneo; GARRIDO, Augusto Nicolás; *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Directores Miguel Á Almeyra y Julio C. Báez, Coordinador Adrián R. Tellas. 1ª edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 60-88.

<sup>462</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian; VERREL, Torsten; *Strafprozessrecht*, p. 243-245.

<sup>463</sup> MEINEN, Gero; *Handbuch zum Strafverfahren*, p. 326.

<sup>464</sup> ANTUNES, Maria João; *O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção*, p. 1253.



de competência da União, incluindo àquelas que dizem respeito ao direito penal<sup>465</sup> e ao direito processual penal europeu<sup>466</sup>.

O Tratado de Lisboa significou a criação supranacional de uma área de liberdade, segurança e justiça<sup>467</sup>; um processo legislativo ordinário para secundariamente estabelecer normas em matéria criminal, mormente por meio das diretivas<sup>468</sup>; o princípio do mútuo reconhecimento; competência para indicação de regras processuais e substanciais mínimas para os Estados-membros (*approximate the procedural laws and approximate the substantive laws*); *stantards* para implementar políticas da União; competência supranacional em matéria criminal para a proteção de interesses financeiros; introdução de

---

<sup>465</sup> KLIP, Andre, *European Criminal Law. Na Integrative Approach*. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2009, p. 15. Decerto, o processo de integração da União Europeia busca, segundo Jônatas Machado “um quadro institucional, político e jurídico coerente, assegurando a sua natureza de verdadeira união e não de mera proliferação de pilares”. Era essa, a bem da verdade, a proposta do “Projeto de Tratado Constitucional Europeu”. Embora naufragado, ressuscitou – estruturalmente – no corpo do Tratado de Lisboa. Nesse sentido, Jônatas Machado coloca que “a UE é uma organização supranacional dotada de características constitucionais”. E, não obstante toda a controvérsia em torno disso, para ele, “o direito originário da UE é direito constitucional, ainda que de natureza derivada e complementar”. Por isso mesmo, a ação externa da União deve se pautar de acordo com os princípios contidos no art. 21 do TUE. Entre os quais, convém destacar o Estado de Direito, a democracia, os direitos do homem e a dignidade da pessoa humana. União Europeia significa também uma comunidade de valores, expressos no art. 2º do Tratado da União Europeia<sup>465</sup>. Nesse sentido, a União Europeia constitui uma comunidade de direito, de modo que “aproxima-se dos objectivos do tipo de Estado Constitucional”. Há, por conseguinte, uma proposta material da juridicidade da UE. Por essa razão, tem-se por necessária a centralidade da jurisdição da UE. Para Jônatas Machado: “Essa articulação assenta na centralidade da jurisdição da UE, vedando-se aos tribunais nacionais o controlo da constitucionalidade e legalidade das normas jurídicas da UE, a prossecução de uma interpretação própria e singular das mesmas e ainda a aplicação das normas nacionais contrárias ao direito da União. A fragmentação hermenêutica do direito da UE conduziria ao fim desse direito”<sup>465</sup>. É requisito *sine qua nom* para a sedimentação do bloco de juridicidade europeu (sem o qual o projeto de União Europeia pode ruir), o desenvolvimento do direito europeu em duas frentes: pelo processo legislativo europeu e pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)(*idem*, p. 54). Continua Jônatas Machado, referindo-se ao direito da União Europeia que “o mesmo estabelece, organiza e limita o exercício de poderes de autoridade pública, a nível da UE, com incidência nos domínios político, legislativo, administrativo e jurisdicional. E fá-lo de um como efeito direto e primazia sobre o direito interno dos Estados. Por esse motivo, ele pode reclamar para si uma natureza material e funcionalmente constitucional que está longe de ser uma excentricidade criada por decisão jurisprudencial. A natureza constitucional do direito da UE manifesta-se na primazia do direito da UE sobre o direito nacional, na impossibilidade geral de controlo da constitucionalidade das normas de direito da UE pelos tribunais nacionais e pela previsão de instâncias e mecanismos de controlo jurisdicional, no seio da UE, da validade dos respetivos actos de direito derivado” (*idem*, p. 54).

<sup>465</sup> *Idem*, p. 54.

<sup>466</sup> Cf. JIMÉNEZ, Argelia Queralt; *La Recepción constitucional del Estándar Europeo sobre garantías em el proceso penal*, p. 223-237.

<sup>467</sup> KÜHNE, Hans-Heiner; *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, p. 14.

<sup>468</sup> Sobre a evolução do direito penal europeu no seio da jurisdição portuguesa, cf. CAEIRO, Pedro; *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O caso português*. Coimbra: Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2010.

um mecanismo de segurança dos interesses nacionais (*emergency brake procedure*); uma Procuradoria Europeia com um processo penal supranacional europeu e o reforço à observância dos direitos individuais<sup>469</sup>.

No que concerne ao direito penal europeu, tanto o Tratado de Lisboa (TUE), quanto o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFEU) estabelecem diretrizes destinadas à construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça aos cidadãos<sup>470</sup>. Para isso, com base no art. 3.º, n.º 2, do Tratado, publicam-se diretivas<sup>471</sup> em matéria de direito penal substancial, bem como relacionadas ao direito processual penal europeu<sup>472</sup>.

Para este estudo, merece destaque a “Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal”.

---

<sup>469</sup> AMBOS, Kai; *European Criminal Law*, p. 6-10.

<sup>470</sup> Cf. SIEBER, Ulrich; *Europäische Strafrecht*, p. 72; cf. AMBOS, Kai; *Internationales Strafrecht. Ein Studienbuch*, p. 381.

<sup>471</sup> Cf. AALTO, Pekka; *Outcome of The Tampere European Council: Birth of a New Project for Europe? Strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union nach Tampere. ERA. Köln: Bundesanzeiger, 2002.*

<sup>472</sup> Há uma inclinação da União Europeia, no sentido de estruturar regras mínimas de proteção sobre os direitos individuais, como bem esclareceu Pedro Caeiro, para o qual “à primeira vista, a exigência da clássica ‘conexão comunitária’ ter-se-ia projectado também na forma como o TFUE regula as atribuições e competências da UE para legislar sobre os direitos individuais em procedimentos penais. A EU pode estabelecer, através de directivas, ‘regras mínimas’ sobre os direitos individuais em processo penal ‘na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútua das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça’ (art. 82.º, n.º 2, al. b), do Tratado; *itálicos nossos*). Numa interpretação literal, dir-se-ia que o estabelecimento de ‘regras mínimas’ ordenadas a facilitar o reconhecimento mútuo e a cooperação policial e judiciária não equivale necessariamente a criar um patamar mínimo de direitos. Com efeito, não seria impossível invocar esta atribuição para fixar limites máximos aos direitos e prerrogativas processuais da defesa com o objectivo de que eles não dificultem o reconhecimento de decisões ou a prática de actos de cooperação judiciária, numa espécie de ‘harmonização pelo baixo’ que teria (apenas) por fronteiras a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros. Todavia, a verdade é que, até o momento, os órgãos da UE têm interpretado as disposições do Tratado no sentido de que as ‘regras mínimas’ referidas no art. 82.º, n.º 2, do TFUE, devem traduzir-se em direitos mínimos das pessoas visadas por um processo penal (ou por um mandado de detenção europeu), como expressamente se adianta no ponto 2.4 do Programa de Estocolmo. Assim sendo, do ponto de vista da já aludida tensão ‘espada/escudo’, as regras mínimas terão aqui o sentido inverso daquele que detêm no estabelecimento dos crimes e das penas, variação que não surpreende, dada a diferente finalidade que lhes preside (André Klip)” (cf. ANTUNES, Maria João; COSTA, Joana Fernandes; ALFAIATE, Ana Rita; MONIZ, Helena; COSTA, Miguel João; *A agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias de defesa no Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português*. Org. Pedro Caeiro. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, 2015).

Nada obstante, no particular do direito europeu<sup>473</sup>, convém não olvidar, consoante observação de Figueiredo Dias, que “a intervenção legislativa da União Europeia está sujeita ao princípio geral da subsidiariedade e especialmente as chamadas regras mínimas”<sup>474</sup>.

Como dito, quando se trata de medidas cautelares, o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 32º, da CRP, bem como no art. 14, n.º 2, do Pacto IDCP, possui uma especial centralidade para orientar todo o instituto da prisão preventiva.

Este princípio também está previsto na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000. Em especial, o art. 48 da Carta declara que: “Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”.

De modo mais recente, a Directiva (UE) 2016/343 de 9 de março de 2016, prevê em seu art. 3º a presunção de inocência quando verbera que “os Estados-Membros asseguram que o suspeito ou o arguido se presume inocente enquanto a sua culpa não for provada nos termos da lei”<sup>475</sup>.

Essa Directiva, segundo Antonio Balsamo, reflete em muito a posição da Corte de Estrasburgo, mormente quando garante o princípio no curso de toda a persecução criminal, portanto desde o cometimento do crime até decisão sobre a culpa ou inocência do arguido<sup>476</sup>.

Como dito, em relação à CRP, nos termos do seu art. 32º, n.º 2, o princípio da presunção de inocência significa uma garantia processual criminal<sup>477</sup>. Em verdade, para Figueiredo Dias, essa previsão demonstra, junto a outras garantias, a “concepção rigorosamente democrática do processo penal português”<sup>478</sup>.

---

<sup>473</sup> Cf. BERNARDI, Alessandro; *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*; p. 39-78.

<sup>474</sup> *Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português*, ob. cit., p. 143. Exemplo dessa cogência das diretivas é a Lei n.º 130 de 2015, que traduz a Diretiva 2012/29 da UE sobre o estatuto da vítima.

<sup>475</sup> Cf. ANTUNES, Maria João; COSTA, Joana Fernandes; *Comentários à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em Tribunal em processo penal (COM (2013) 821 Final)*. Org. Pedro Caieiro. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, 2015.

<sup>476</sup> *Il Contenuto dei Diritti Fondamentali. Manuale di Procedura Penale Europea*, p. 133.

<sup>477</sup> 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.

<sup>478</sup> A nova Constituição e o processo penal. *Revista da Ordem dos Advogados*, 1976, p. 5.

Por outro lado, Gomes Canotilho e Vital Moreira reconhecem o quão complexo é determinar seu sentido a partir do quadro constitucional português<sup>479</sup>.

Porém, como conteúdo da presunção de inocência do arguido consignam: a) a proibição da inversão do ônus da prova contra o imputado; b) uma absolvição ao invés do arquivamento; c) exclusão da culpa nos despachos de arquivamento e isenção de custas; d) proibição da antecipação de penas à guisa de medidas cautelares; e) proibição das consequências imediatas da instauração do processo; f) “natureza excepcional e de última instância das medidas de coacção, sobretudo as limitativas ou proibitivas da liberdade”; g) como extensão do princípio *in dubio pro reo*, ou seja, na dúvida, pela absolvição do acusado<sup>480</sup>.

Esse derradeiro propósito que encerra a regra de juízo derivada do princípio da presunção de inocência está contido no art. 6º, da Directiva 2016/343/UE, por meio da qual o ônus da prova recai sobre a acusação e na dúvida deve o réu ser absolvido<sup>481</sup>.

Em resumo, esses são desdobramentos possíveis do princípio inocência presumida na maneira instituída no art. 32º, n.º 2, da CRP<sup>482</sup>. Portanto, em consonância com a Directiva 2016/343 da União Europeia. Essa deu destaque ao princípio como regra de juízo, pois não permite, nos termos do art. 4º e 5º, que o arguido seja apresentado como culpado em qualquer declaração pública<sup>483</sup>. Isso merece observância, sobretudo na execução da prisão preventiva, quando, ao revés, há uma tendência dos meios de comunicação de mostrar o investigado como responsável.

---

<sup>479</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 518

<sup>480</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>481</sup> BALSAMO, Antonio; *idem*, p. 134.

<sup>482</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>483</sup> Nesse sentido Antonio Balsamo, para o qual “Significativo è l’obbligo imposto agli Stati di adottare le misure necessarie per garantire che indagati e imputati non siano presentati come colpevoli in dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche o contenute in decisioni giudiziarie (diverse da quelle sulla colpevolezza), o attraverso il ricorso a misure di coercizione fisica (manette, gabbie di vetro, ferri alle gambe). Ciò lascia impregiudicati, comunque, gli atti della pubblica accusa volti a dimostrare la colpevolezza, le decisioni preliminari di natura procedurale fondate su indizi di reità (come le ordinanze di custodia cautelare) e la divulgazione di informazioni sui procedimenti penali rese nella misura strettamente necessaria all’indagine penale (come nel caso in cui si inviti la collettività a collaborare all’individuazione del colpevole), o in vista di un interesse pubblico (ad esempio, per motivi di sicurezza o per prevenire turbative dell’ordine pubblico), così come il ricorso a misure di coercizione fisica necessarie per ragioni di sicurezza o per impedire che gli indagati o gli imputati fuggano o entrino in contatto con terzi (artt. 4 e 5)” (*Manuale di Procedura Penale Europea*, p. 134).

Decerto, neste ponto, a questão consiste em equilibrar a presunção de inocência e a informação de interesse público. Para equacionar, convém manter em sigilo a identidade do arguido, sem embargo de noticiar ao público informações pertinentes ao caso sob exame da justiça. Germano Marques e Henrique Salinas pontuam que para além de uma reação contra os abusos do passado, esse princípio “representa sobretudo um acto de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda a sociedade livre e democrática”<sup>484</sup>. Então, mostra-se coerente com a dignidade da pessoa e a presunção de inocência, manter em segredo a identidade do arguido preso preventivamente, ainda que o crime e o suspeito possam ser noticiados pela média. Portanto, considerar qualquer cidadão como um inocente presumido corresponde a um progresso da humanidade, de efetiva dignificação da pessoa humana<sup>485</sup>.

É um princípio que, segundo Winfried Hassemer, não poderia ensejar qualquer dúvida ao jurista penal, no sentido de que nenhuma suspeita seria suficiente o bastante para conseguir restringir o princípio da inocência<sup>486</sup>.

De modo claro, a propósito, reza o art. 17º da Constituição de Córdoba, Província da Argentina, que “la ley reputa inocentes a los que por sentencia no hayan sido declarados culpados”. Trata-se de um exemplo consistente de como deve ser positivamente consignado o princípio do estado de inocência.

De todo modo, seja como presunção ou como estado de inocência, tem-se o princípio, segundo o qual ninguém será considerado culpado enquanto não subsistir uma sentença condenatória segura<sup>487</sup>, conquanto não gravado com aquela locução na Directiva (UE) 2016/343.

## 1.5 O princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade

---

<sup>484</sup> *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª edição. Org. Jorge Miranda e Rui Medeiros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 722.

<sup>485</sup> Para um perspectiva histórica do princípio no direito humano cf. FASOLINO, Francesco; *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza. Regole e Garanzie nel Processo Criminale Romano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 32-57.

<sup>486</sup> *Idem*, p. 117-118.

<sup>487</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.; *idem*, p. 243.

Existe uma questão concernente à redação do princípio da presunção da inocência contido das constituições<sup>488</sup>. Por exemplo, o art. 27.º, n.º 2, da CI<sup>489</sup> emprega o termo *presunzione di non colpevolezza* (presunção de não culpabilidade)<sup>490</sup>. Já a CRP declara que *todo arguido se presume inocente* (art. 32.º, n.º 2) e o art. 24, da CE, também subscreve o termo *la presunción de inocencia*. Na Alemanha, usa-se a palavra *Unschuldvermutung* (presunção da não culpa)<sup>491</sup>. Então, a questão é a seguinte: presunção de não culpa ou de inocência possuem o mesmo significado?

Vincenzo Carofoli, malgrado não vislumbre um prejuízo nessa diferença para fins de garantia constitucional, vê na fórmula “presunção de inocência” um sentido mais ético, ou seja, uma proposta de dimensão ideológica, ao passo que a presunção de não culpa consistiria em uma regra jurídica, uma vez que assim está positivada na Constituição<sup>492</sup>.

Em síntese, explica que a diferença se deve mais às escolas de pensamento que lastrearam o princípio. Enquanto na Escola Clássica o princípio relacionava-se à exigência de legalidade, portanto à necessidade genérica de um processo, característico daquele momento iluminista; na Escola Positiva o propósito adstrito ao princípio da presunção de inocência concerne à limitação e controle da ação punitiva, neste caso «*come un ostacolo a prendere efficaci risoluzioni contro gli inquisiti*»<sup>493</sup>.

---

<sup>488</sup> Sobre cf. CATERINI, Mario; *Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza. L'indice Penale*. Maggio-Agosto 2016. Roma: Dike Giuridica Editrice, p. 468-505.

<sup>489</sup> A propósito desse ponto específico, comentam Rui Pinheiro e Artur Maurício: “Recordamos, a propósito, a redação do § 2º do art. 27º da Constituição italiana: «o acusado só é considerado culpado pela condenação definitiva». O cuidado e rigor desta fórmula evidencia-se melhor ainda, se dissermos que a Comissão encarregada de elaborar a proposta redigira o preceito de modo muito semelhante ao que foi acolhido no n.º 2 do art. 32º da Constituição portuguesa. Aí se expressava também a «presunzione d'innocenza dell'imputato». Pois como vimos, no texto definitivo não só se acentuou a não culpabilidade, expressão que se preferiu à de inocência, como ainda se eliminou a referência ao conceito de presunção, como uma significação técnica muito precisa em Direito. Perguntar-se-á, porém, se rigorosamente revela uma opção diferente a utilização de uma ou outra das formas citadas. Tendo em conta que o próprio Tribunal Constitucional italiano, fundado na história do preceito e na circunstância de considerar que uma suposta identidade dos dois conceitos tornaria ilegítimas todas as medidas de prisão preventiva admitidas no último parágrafo do art. 13º da Constituição italiana, entendeu já que presunção de não culpabilidade e presunção de inocência são institutos, pensamos com Caetano Russo que, em última instância, estes se identificam” (PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur; *A Constituição e o Processo Penal*; ob. cit., p. 84-85).

<sup>490</sup> Cf. PISANI, Mario; *Introduzione al processo penale*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1988, p. 43; cf. UBERTIS, Giulio; *Sistema di Procedura Penale I. Principi Generali*. Quarta edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 221; cf. MOSCARINI, Paolo; DI BITONTO, Maria Lucia; *Introduzione alla Procedura Penale*, p. 34.

<sup>491</sup> Cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian; VERREL, Torsten; *Strafprozessrecht*, p. 243-245.

<sup>492</sup> *Ob. cit.*, p. 40.

<sup>493</sup> GAROFOLI, Vincenzo; *ob. cit.*, p. 40.

No passado, Manzini dizia que uma pessoa não poderia ser considerada inocente, ainda que não reconhecida sua culpa. Eram coisas, na sua visão, absolutamente distintas. Com base nisso, enxergava como incompatível essa pretendida presunção de inocência com a possibilidade da prisão cautelar do suspeito. Para ele, não passava de ficção jurídica<sup>494</sup>.

Giulio Ubertis, por conta das normas internacionais, considera que o art. 27º, n.º 2, da CI revela em seu conteúdo o princípio da presunção de inocência, conquanto nele escrito presunção de não culpa<sup>495</sup>. Pérez-Cruz Martín, em referência ao art. 24, da CE explica, que somente na forma de presunção de inocência esse princípio poderia ser relacionado como direito fundamental, conseqüentemente, assim expresso na Constituição<sup>496</sup>.

No caso alemão, Schroeder registra que a presunção de não culpa não se dá por conta do dever de se investigar a verdade material, mas em função de impor limites às medidas de coação, pois subtrair esse direito de um não suspeito só tem lugar quando provada sua culpa<sup>497</sup>. Com isso, o princípio teria mais sentido quando concebido como regra de tratamento, com especial repercussão à prisão preventiva<sup>498</sup>.

---

<sup>494</sup> Apud PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús; *Derecho Procesal Penal*, p. 671.

<sup>495</sup> Para Giulio Ubertis, “Può dunque concludersi che il nostro sistema processuale penale debba informarzi a cì che va senza esitazione definito come principio della prezuncione d’innocenza alla luce sai dell’esegesi dell’art. 27 comma 2 Const. sia della formulazione letterale delle norme di fonte internazionalistica sui diritti umani rese esecutive in italia” (*Sistema di Procedura Penale I. Principi generali*, p. 222-223).

<sup>496</sup> Segundo Pérez-Cruz Martín, “La jurisprudencia del TC – asumida por el TS – y del TEDH no sería posible – sostiene VÁZQUEZ SOTELLO – si en lugar de la formulación de la presunción de inocencia consagrada em el artículo 24 CE, se hubiera optado por la formulación negativa de dicha presunción «di non colpavoleza». Efectivamente, sólo puede reconocerse como «derecho fundamental» la afirmación constitucional de la inocencia inicial de todo ciudadano sometido a juicio, mientras que si lo que se consagra es la duda de su culpabilidad, no cabe verse consagrado un derecho fundamental que mal podría fundarse en ese «duda» entre la inocencia y la culpa. La consagración constitucional de la presunción de inocencia viene a coronar la evolución del modo de enjuiciamiento criminal, junto com el reconocimiento de plenos derechos a la defensa. La doctrina del TC y TS sólo há podido elaborarse, en los términos actuales, sólo desde la vigencia de la CE. Su valor político-constitucional y procesal no puede hoy cuestionarse en modo alguno, como tampoco su utilidad dentro del sistema de las garantías procesales (hoy constitucionalizadas) que debe albergar um proceso penal moderno” (*Derecho Procesal Penal*, p. 671-672).

<sup>497</sup> *Idem*, p. 243.

<sup>498</sup> Consoante Schroeder, “Der Grundsatz bedeutet daher eher, dass jemand vor dem Nachweis der Schuld noch nicht als schuldig behandelt werden darf. Dies hat Bedeutung vor allem für die Ausgestaltung der Untersuchungshaft, nämlich ihre deutliche Unterscheidung von der Freiheitsstrafe, und für die Behandlung des Nichtverurteilten durch die Strafverfolgungsorgane in der Öffentlichkeit, insbesondere in Pressemitteilungen (daher die häufig etwas verkrampften Formulierungen von demm „mutmaßlichen Täter“ usw. in der Presse). Doch greifen hier eher die Vorschriften gegen die Befangenheit von Gerichtspersonen” (*idem*, p. 244).

No idioma alemão a palavra usada para tratar do tema presunção de inocência é *Unschuld*<sup>499</sup>, ou seja, não culpado, por isso o princípio *Die Unschuldsvermutung*<sup>500</sup>. Portanto, compatível com a ideia, segundo a qual o processo criminal caminharia para uma declaração de culpado ou não culpado<sup>501</sup>.

Segundo Stuckenberg, o princípio da presunção da não culpa ou inocência integra o direito germânico, porquanto está gravado em algumas constituições regionais da Alemanha, bem como em razão da adesão à Convenção EDH e ao Pacto IDCP. Do mesmo modo, estão presentes nas decisões do Tribunal Constitucional (BVerfGE 22, 254, 265; 35, 311, 320), bem como no direito constitucional não escrito, para o qual os motivos variam<sup>502</sup>.

No Estado de direito democrático, mostra-se evidente, portanto, que ninguém será considerado culpado, enquanto não demonstrada a culpa por uma sentença segura (*rechtkräftige Entscheidung*)<sup>503</sup>. Klaus Tiedemann, por exemplo, quando cita a presunção de inocência como uma garantia de proteção, recorre ao disposto no art. 6º, n.º 2, da Convenção EDH, no mesmo momento em que ressalva que isso não impede a prisão preventiva<sup>504</sup>.

De qualquer modo, parece-nos superado sobredito debate. Segundo Maier, não subsiste qualquer diferença entre presumir inocente, reputar-se inocente ou não culpado<sup>505</sup>. Em síntese, inexistente distinção substancial entre tais expressões<sup>506</sup>.

---

<sup>499</sup> Sobre a estrutura semântica da palavra *Unschuldvermutung*, cf. STUCKENBERG, Carl-Friedrich; *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*. Berlin: Walter de Gruyter, 1998, p. 438.

<sup>500</sup> Cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *ob. cit.*, p. 69; MEYER-GOßNER, Lutz; SCHMITT, Bertram; *ob. cit.*, p. 2168.

<sup>501</sup> Cf. RODRÍGU EZ, Javier Llobet; *Prisión Preventiva Límites Constitucionales 2ª*. Lima: Editora y Librería Jurídica, 2016.

<sup>502</sup> *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, p. 46-47.

<sup>503</sup> HARTMANN, Arthur; SCHMIDT, Rolf; *Strafprozessrecht. Grundzüge des Strafverfahrens*, p. 22.

<sup>504</sup> *Derecho Penal y Derecho Penal Procesal*, p. 139.

<sup>505</sup> Na observação de Julio Maier: “ ‘Presumir inocente’, ‘reputar inocente’ o ‘no considerar culpable’ significan exactamente lo mismo; y, al mismo tempo, estas declaraciones formales mentan el mismo principio que emerge de la exigência de un ‘juicio previo’ para infligir una pena a una persona. Nuestra Corte Suprema lo ha entendido así desde antiguo (Fallos CSN, t. 7, p. 371; t. 16, p. 88; t. 54, p. 273; t. 64, p. 352), al referirse a la privación de libertad procesal, una de las principales repercusiones de este principio, y afirmar que ‘el encausado tiene a su favor la presunción de inculpabilidad’, fundada ‘también en la Constitución porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones (art. 33, CN)’” (*Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 491).

<sup>506</sup> Cf. VILELA, Alexandra; *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 51.



Nesse sentido, Vincenzo Carofoli<sup>507</sup> e Giulio Ubertis<sup>508</sup>, observam que a presunção de inocência consiste tanto em uma regra de juízo, como em uma regra de tratamento do arguido, de particular importância, ao nosso ver, em relação à prisão preventiva.

Klaus Tiedemann, por outro lado, vê a inocência como hipótese decorrente de um processo penal instaurado contra um suspeito, porém não provada sua culpabilidade, motivo pelo qual enxerga uma dupla possibilidade em relação ao arguido, culpado ou inocente<sup>509</sup>. Esse raciocínio, todavia, não está de acordo com o *status* pré-processual de inocente sustentado, entre outros, por Clariá Olmedo e Julio Maier<sup>510</sup>.

De qualquer maneira, percebe-se que, mesmo não equiparado, seu significado indica uma convergência, no sentido de que uma pena só pode ser imposta quando restar comprovado que o réu cometeu o crime. Há consenso, por outro lado, em relação à presunção de inocência como princípio de limitação à prisão preventiva.

No Brasil, a CF também prevê a presunção de inocência. Trata-se do art. 5º, inc. LVII. Segundo Aury Lopes Jr, ela consiste no princípio reitor de todo o processo penal brasileiro<sup>511</sup>. Na Espanha, de igual sorte, o princípio está consignado no art. 21.1, da CE de 1978. Para Muñoz Conde, revela-se como um princípio orientador de todo o processo penal espanhol<sup>512</sup>. Em verdade, quase todas as democracias modernas tem nesse princípio a base do seu sistema de justiça. Quando ela é questionada, sem um fundamento consistente, convém investigar se a crítica não advém daquelas mentes autoritárias que se pintam de democratas, mas no fundo franqueiam e querem de volta regimes de exceção.

## 1.6 O princípio da presunção de inocência e suas recorrentes críticas

O princípio enfrentou no passado e ainda hoje recebe críticas de alguns, movidos sobretudo pelos meios de comunicação, dado que relacionam a eficácia da justiça estatal

---

<sup>507</sup> *Diritto Processuale Penale*, p. 43.

<sup>508</sup> *Sistema di Procedura Penale*, p. 227.

<sup>509</sup> *Derecho Penal y Derecho Penal Procesal*, ob. cit., p. 135.

<sup>510</sup> *Derecho Procesal Penal*, p. 490.

<sup>511</sup> *Prisões Cautelares*. Lei n. 12.403/2011. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

<sup>512</sup> *La búsqueda de la verdad em el proceso penal*, p. 113.

com a prisão preventiva, conquanto a presunção de inocência integre a base de qualquer regime democrático<sup>513</sup>.

Segundo Vincenzo Garofoli, o princípio impõe um uso menos casual das medidas cautelares, quer para não servir de antecipação de pena, quer para não servir de meio de coação à confissão<sup>514</sup>.

Também, critica-se a presunção de inocência sob o argumento desta proteger criminosos.

Carolina Crespo, a propósito, questiona se os graves perigos que vivencia a hodierna sociedade democrática não seriam pertinentes para rever determinados pilares do processo penal na Europa, como o princípio da presunção de inocência, para não contrapor, em determinadas circunstâncias “la própria lógica humana”<sup>515</sup>.

Por isso mesmo, como princípio incondicional, recebeu críticas de Ferri e Tarde, pois a presunção de inocência é de aplicação geral, inclusive a todos os delinquentes, reincidentes ou profissionais<sup>516</sup>.

Todavia, recorda Javier Rodríguez que esse era o argumento invocado nos regimes de exceção, por exemplo, na América Latina. De modo que, erige-se a função da prevenção geral negativa, bem como a função da prevenção especial para impor a prisão preventiva como forma de penalização imediata<sup>517</sup>.

---

<sup>513</sup> Cf. MEINEN, Gero; *Untersuchungshaft*, p. 326; cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian; VERREIL, Torsten; *Strafprozessrecht*, p. 244.

<sup>514</sup> *Diritto processuale penale*, p. 250.

<sup>515</sup> Segundo Carolina Crespo, “En la sociedad actual mantener incólume un principio pensado para otra en la que determinadas actuaciones del ser humano eran impensables por impracticables, supone restar muchas posibilidades de actuación eficaz del proceso penal. En este sentido, me parecen dolorosamente lúcidas las palabras de una periodista y escritora recientemente fallecida que escribió que cuánto más democrática y abierta es una sociedad, tanto más expuesta está al terrorismo, cuánto más libre es un país, cuánto menos tolera las medidas policiales, tanto más padece o se arriesga a padecer secuestros y masacres. Sus palabras son aplicables a otras formas de criminalidade organizada y a la delincuencia informática a través de Internet. Desvirtuar la presunción de inocencia en esa clase de delitos resulta una tarea, muchas veces agotadora y demasiadas veces improductiva. Creo que deberíamos hacer lo posible para conjurar esos riesgos a través de instrumentos que, sin dejar de ser respetuosos con la presunción de inocencia, hagan más realistas nuestros sistemas de enjuiciamiento penal” (*LA JUSTICIA EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA: Aproximación al derecho a la presunción de inocencia a través de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, p. 174).

<sup>516</sup> *Apud* Michèle-Laure Rassat, *Procédure pénale*, ob. cit., p. 244.

<sup>517</sup> *Prisión Preventiva Límites Constitucionales 2ª*. Lima: Editora y Librería Jurídica, 2016, p. 20.

Consequentemente, cresceu o número de presos sem condenação, circunstância essa que colocou um entrave à superação da cultura inquisitória<sup>518</sup>.

Além disso, subsiste um discurso demagógico de atribuir a causa do aumento da insegurança ao excesso de garantismo<sup>519</sup>, o que evidentemente não procede. No entanto, não se ignora a urgente necessidade de reformar o processo penal. Javier Rodríguez, a propósito, lembra que o direito penal nacional-socialista criticava a presunção de inocência<sup>520</sup>.

Para Faria Costa, o princípio da presunção de inocência corresponderia, segundo a perspectiva constitucional e processual penal, a um modo de tratamento a ser dispensado ao arguido, bem como a um modelo de tratamento destinado aos meios de prova relacionados a regra probatória do *in dubio pro reo*<sup>521</sup>, como vem reconhecendo as demais doutrinas europeias.

Daquela primeira concepção, extrai-se a consequência segundo a qual deve incidir a medida de coação que menos subtraia a liberdade individual. Em uma palavra, a utilização da prisão preventiva só é possível em derradeiro caso, “pois como sabemos, é a que mais afecta a liberdade de cada cidadão”<sup>522</sup>.

Supõe, por essa razão, que subsista um processo penal, como condição de aplicabilidade do princípio. Portanto, reconhece a presunção de inocência, contudo diversa daquela primeira faceta inicialmente referida por Andrew Stumer<sup>523</sup>, mas relacionada a uma técnica de decisão. É próxima, portanto, daquela segunda compreensão, no sentido de que, só depois de esgotado os recursos processuais, poderá ser quebrada sobredita presunção.

Sem embargo, o art. 32.º, da CRP, prevê a necessária duração<sup>524</sup> de um processo criminal compatível com as garantias de defesa, circunstância essa que permite fixar a

---

<sup>518</sup> RODRÍGUEZ, Javier Llobet; *idem, ibidem*.

<sup>519</sup> RODRÍGUEZ, Javier Llobet; *idem, ibidem*.

<sup>520</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>521</sup> *Idem*, p. 193.

<sup>522</sup> FARIA COSTA, José de; “Um olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal”, em *A Justiça nos dois lados do Atlântico. Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento. Lisboa, Novembro 1997., p. 194.

<sup>523</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>524</sup> Regra essa, de igual sorte, presente no processo penal alemão (*Beschleunigungsbegot*). Por conta do art. 20, III GG, consiste em um princípio do Estado de direito, com especial relevo para a prisão preventiva, pois em razão dela, o processo deve ser mais célere. Segundo Beulke, “Vor allem im Falle der Anordnung

seguinte posição, o direito constitucional português encara o princípio da presunção de inocência, para além de uma técnica de decisão, como um espectro de garantias de tratamento endereçado ao cidadão.

Essa primeira aceção, parece ser a mais consentânea com a redação do art. 6.º, n.º 2 da Convenção EDH de 1950<sup>525</sup>. Isso porque o comando contido na convenção usa o vocábulo “acusado” para se referir ao princípio da presunção de inocência, por isso mesmo sua incidência supõe necessariamente a existência de um processo penal<sup>526</sup>.

Porém, quando a Convenção EDH encara a liberdade no art. 5.º, sua mitigação por meio da prisão será excepcional, dentro das hipóteses nele especificadas<sup>527</sup>. Isso se dá, especialmente por conta da presunção de inocência, como regra de tratamento.

Na *sentencia* n. 147/2000, o TCE decidiu que o arguido submetido a uma medida cautelar detém os direitos fundamentais à liberdade pessoal e à presunção de inocência, de

---

von Untersuchungshaft verlangt der Bescheinigungssatz die schnelle Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung” (*Strafprozessrecht*, p. 33).

<sup>525</sup> Art. 6.º, n.º 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

<sup>526</sup> Cf. JACOBS, Francis; OVEY, Clare; WHITE, Robin; *The European Convention on Human Rights*, p. 196; MEYER-LADEWIG, Jens; *EMRK. Europäische menschenrechtskonvention*. 3 Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2011, p. 175.

<sup>527</sup> Art. 5.º Direito à liberdade e à segurança 1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente; b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei; c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infracção ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido; d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente; e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo; f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição. 2. Qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela. 3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo. 4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal. 5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou detenção em condições contrárias às disposições deste artigo tem direito a indemnização.

modo que em um sistema constitucional onde a liberdade desempenha papel nuclear, o exercício dela é regra geral, tanto sua restrição quanto sua privação representa exceção<sup>528</sup>.

Além disso, uma consequência direta do princípio da presunção de inocência consiste na sua incompatibilidade com uma prisão preventiva baseada exclusivamente no *quantum* da pena e na gravidade do crime cometido.

Tem-se, nessa hipótese, uma nítida antecipação da pena, porquanto a prisão preventiva nesses termos não corresponde a nenhuma exigência processual de natureza cautelar. Em outras palavras, a imposição dessa medida fundada tão somente na severidade da pena punitiva vulnera o princípio da presunção de inocência e transforma referida medida em uma inconstitucional antecipação de pena<sup>529</sup>.

Para Mariano Libarona e Augusto Garrido, uma das consequências diretas, porque não dizer da mais importante do princípio da presunção de inocência, consiste no direito em responder o processo penal em liberdade, com o uso excepcional das medidas de coação estatais, malgrado a gravidade do fato atribuído contra o arguido ou mesmo a verossimilhança da imputação<sup>530</sup>.

Há quem sustente, claramente, que a concepção mais conhecida da presunção de inocência não seria correta, pois seria um absurdo impor uma medida de coação, como a prisão preventiva, contra quem se presume inocente, bem como livre de toda culpa e encargo<sup>531</sup>.

Esse estado de inocência<sup>532</sup>, como dito, só deixará de existir quando comprovada a culpabilidade do arguido no curso de um processo penal caracterizado sobretudo pelo direito de defesa, respeitadas as regras do procedimento e garantido o direito ao recurso<sup>533</sup>.

---

<sup>528</sup> VALLEJO, Manuel Jaén; La Presuncion de Inocencia. *Summa Procesal Penal*. Director Pedro J. Bertolino. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 287.

<sup>529</sup> FALCONE, Roberto A; La prisión preventiva frente a los tratados internacionales de derechos humanos y la ley procesal penal. *Summa Procesal Penal*. Director Pedro J. Bertolino. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 1539. Segundo Roberto Falcone, “la Comisión interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre criterios legislativos similares a los vigentes en los Códigos de Procedimiento Penal de la Nación y de la provincia de Buenos Aires, señalando la inaceptabilidad de los mismos por constituir un castigo anticipado que puede dar origen a una aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva” (*idem*, p. 1539).

<sup>530</sup> LIBARONA, Mariano Cúneo; GARRIDO, Augusto Nicolás; *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Directores ALMEYRA, Miguel Á; BÁEZ, Julio C., Coordinador Adrián R. Tellas. 1ª edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.

<sup>531</sup> BAÑOS, Javier Ignacio; BUJÁN, Fernando; *Carantias Constitucionales en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Lajavane, 2009, p. 111.

<sup>532</sup> MAIER, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal*, p. 440.

Por conta dessa inocência presumida, uma medida de coação na espécie prisão preventiva só terá lugar quando presente fortes indícios, motivada por uma necessidade processual de natureza cautelar, cuja duração seja limitada<sup>534</sup>.

São indícios graves, por exemplo, a detenção em flagrante delito, arquivos digitais idôneos denunciando condutas antiprovas ou documentos que mostrem a pretensão de sair do país sem permissão. Em resumo, requer-se fortes indícios de que o arguido cometeu um crime doloso, bem como a presença de um motivo processual cautelar legalmente previsto, que possa colocar em risco o desenvolvimento do processo ou a preservação da ordem e tranquilidade pública<sup>535</sup>.

Paolo Tonini, com base na sentença de 21 de julho de 2010 da Corte Constitucional italiana, registra a necessidade dessa medida diferir da pena, cuja legitimidade se funda na existência de um risco de natureza processual cautelar, bem como na necessidade de previsão legislativa de uma variedade de medidas cautelares menos interventivas<sup>536</sup>.

Em que pese os contrários, o instituto da prisão preventiva é legítimo, mesmo diante do princípio da presunção de inocência. Para Falcone a fuga ou perigo de fuga e o perigo de entorpecimento da investigação podem conspirar contra o desenvolvimento do processo penal e a eventual aplicação da lei substantiva, motivo pelo qual há a necessidade de medidas cautelares contra esses riscos<sup>537</sup>.

No TC espanhol, a primeira decisão relacionada à presunção de inocência versus medidas cautelares corresponde a STC 108/1984. O Tribunal considerou que não é incompatível com o princípio quando baseada em um juízo de razoabilidade acerca da finalidade perseguida e das circunstâncias concorrentes, pois uma “medida

---

<sup>533</sup> FISCHER, Thomas; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, p. 37.

<sup>534</sup> MEYER-LADEWIG, Jens; *EMRK. Europäische menschenrechtskonvention*, p. 98.

<sup>535</sup> Na síntese de Meyer-Ladewig, “Die Freiheitsentziehung muss rechtmäßig und auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise vorgenommen sein (vgl. Rn. 12). Außerdem muss sie zur Vorführung von die zuständige Gerichtsbehörde (u. Rn. 66) vorgenommen sein, und es muss ein Haftgrund vorliegen (Tatverdacht, Verhinderung einer Straftat, Fluchtgefahr, u. Rn. 76). Die U-Haft beginnt mit der Verhaftung und endet mit der gerichtlichen Entscheidung in der ersten Instanz. Sie darf nicht länger dauern als notwendig (u. Rn. 70)” (*idem, ibidem*).

<sup>536</sup> TONINI, Paolo; *Manuale di Procedura Penale*. Sedicesima edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2015, p. 414-415.

<sup>537</sup> *Idem*, p. 1530.

desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitiva en cuanto al exceso”<sup>538</sup>.

De tudo isso, percebe-se um claro efeito do princípio da presunção de inocência em relação à prisão preventiva: impedir a antecipação da pena. De modo que só quando sobrevier uma condenação, pode-se impor ao sujeito a condição de culpado pelo crime cometido, susceptível por essa razão de sofrer uma sanção punitiva. Para além disso, a presunção de inocência projeta-se estruturalmente sobre todo o processo penal, quer nas fases individuais, quer nas fases mais globais<sup>539</sup>.

Em síntese, o arguido só estará sujeito à prisão preventiva, em primeiro lugar, quando subsistam fortes indícios de que cometeu um crime<sup>540</sup>; em segundo lugar, quando ela for imprescindível, insubstituível e necessária a vista de uma exigência processual de natureza cautelar legalmente prevista (ou seja, um motivo para a prisão)<sup>541</sup>; em terceiro lugar, que seja proporcional ao bem jurídico tutelado, quer dizer, a medida não pode ser mais grave que a pena em perspectiva<sup>542</sup>.

## 1.7 O princípio da presunção de inocência e a prisão preventiva no curso da história

Decerto, há muito tempo que se questiona a intocabilidade do princípio da presunção de inocência, especialmente no que tange à prisão do arguido antes do seu julgamento<sup>543</sup>.

Em seu livro a “Prisão Preventiva” de 1896, Francisco Fernandes não concordava com a tese de se manter a presunção de inocência posteriormente à condenação<sup>544</sup>. Era

---

<sup>538</sup> No STC 128/1995, o TC aprofunda a análise, consignando que: “como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarte por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que ésta no puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida. Y, mayor razón, prohíbe la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc., ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales”.

<sup>539</sup> Cf. ANTÓN, Tomas; *El Proceso Penal de la Presunción de inocencia*, p. 39.

<sup>540</sup> BAÑOS, Javier Ignacio; BUJÁN, Fernando; *Carantías Constitucionales en el Proceso Penal*, p. 114.

<sup>541</sup> ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*, p. 244.

<sup>542</sup> BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*, p. 129.

<sup>543</sup> Sobre o debate legislativo concernente a prisão antes do julgamento cf. ROBERT, Philippe; *La détention avant jugement. Deux siècles de débats législatifs (1789-1989)*. In: *Entre L'ordre et la liberté. La Détention Provisoire*. Paris: Editions L'Harmattan, 1992, p. 7.

passível no período instrutório, bem como no período acusatório, mas depois disso, com a condenação prolatada, ainda que recorrível, seria uma exagero insistir na tese da inocência presumida, sustentava Fernandes<sup>545</sup>.

Fernandes indagava o seguinte: “sobre o reo incidiu um despacho de pronuncia, e após os debates, o tribunal proferiu um veredictum condemnatório. Houve, porem, appellação da sentença. O réo deve presumir-se ainda innocente?”<sup>546</sup>.

Há, parece-nos, um fundo de razão nisso, especialmente diante de casos onde se deu a prisão em flagrante<sup>547</sup>. Basta supor um crime de violência contra a integridade de

---

<sup>544</sup> Nas palavras de Fernando Fernandes: “Como vimos, o argumento capital produzido em favor das doutrinas antecedentemente expostas gira sobre o celebre princípio da presunção de innocencia do acusado antes do seu julgamento definitivo. Examinemos, portanto, o seu alcance: De todos é sabido o ruido feito em volta d’este principio, que Carrara erguera tão alto e com elle muitos outros, como Tolomei. O celebre professor da universidade de Pisa, na preleção com que encerrou o curso de direito criminal alli professado no anno de 1874, collocou n’estes termos a função que devem desempenhar o direito penal e o processo criminal; aquelle – proteger todos os culpados contra os excessos da auctoridade social; este – cobrir todos os cidadãos honestos e innocentes contra os abusos e erros das auctoridades. E esta era a opinião quasi unanime da época. Tolomei assim o fazia sentir, quando assignava como fim ao processo penal – a punição do réo e ao mesmo tempo a paz e segurança do innocente. Esta continuou a ser a preocupação de distinctos tractadistas, e ainda hoje a encontramos repisada no assumpto de que nos vimos occupando, em obras de grande valor, tanto de processo criminal como de direito constitucional. Muito, porem, se abusou do celebre lemma – presumpção de innocencia do réo; com elle pretenderam-se justificar as mais absurdas e monstruosas instituições de processo criminal. Não se limitaram a admittil-o sómente no período instructorio, mesmo no periodo accusatorio, o que até certo ponto seria razoavel; de exaggero em exaggero, dominados por um sentimentalismo pueril, levaram-no até às ultimas consequencias; e o resultado foi alargal-o ao periodo posterior á condemnação, no caso de appellação da sentença! Quer dizer: presume-se innocente o réo no periodo instructorio, quando ainda se buscam os elementos da sua criminalidade. Perfeitamente d’accordo. Continua a presumir-se innocente o réo durante o período accusatorio, quando já pronunciado por indicios bastantes, quando as provas por vezes o esmagam, ou pelos menos o envolvem n’uma densa atmosphaera de suposição. Embora nem sempre concedamos a racionalidade d’esta presumpção, ainda a toleramos n’este periodo. Mas depois da condemnação, quando a sentença veio a confirmar os indicios da pronuncia, as provas dos debates, e salientar a criminalidade do réo, absurdo e contradictorio. É favorecer em demasia o acusado, de descurar muito a sociedade; é o cumulo do individualismo. Pelo menos n’este caso, se não se quizer consideral-o culpado, presuma-se pelos menos que o é, como nos periodos anteriores se presume a sua innocencia” (*Prisão preventiva*, p. 73).

<sup>545</sup> *Idem*, p. 75.76.

<sup>546</sup> *Idem*, p. 89.

<sup>547</sup> Era esse, por exemplo, o raciocínio de Francisco Fernandes: “ – Deverá presumir-se innocente durante o período instructorio o individuo surprehendido em flagrante delicto? Ninguem ha que em boa razão possa sustentar a affirmativa. Quando muito poderia dizer-se com Berenini que elle não é nem réo nem innocente; é auctor d’um factu damnoso, que será um crime, se n’esse homem se encontrar o réo. Continuar a presumil-o innocente seria ir de encontra à observação, que nos mostra n’aquelle momento os impulsos tempestuosos da consciencia collectiva, erguendo-se sempre indignada, sequiosa de vingança, prestes a fazer justiça por suas proprias mãos, se a auctoridade social se não apressa a intervir. No momento do flagrante delicto predomina com tanta intensidade o sentimento da defeza social contra o réo, que seria temeridade affirmar que a sociedade o presume innocente. Consequentemente a detenção preventiva impõe-se como uma necessidade legitima n’estes casos excepcionais. Exige-o não só a defeza social, mas a propria segurança do criminoso. Como esta providencia não se pretende de modo algum privar o réo das garantias da defeza, nem ella equivale a uma condemnação immediata. Mas se se presente e prevê o resultado definitivo do julgamento



uma pessoa, reveladas de modo inquestionável por câmeras de vídeo que demonstrem o cometimento. É evidente que a presunção de inocência nesse caso padeceria de consistência.

Por isso que nesses casos Francisco Fernandes reconhecia ser uma temeridade considerar que a sociedade continua a presumir o arguido inocente. Na prática, quando há violência, decreta-se a prisão preventiva na maioria dos casos, salvo quando presente um fundado motivo que a isente de responsabilidade, como a legítima defesa (art. 192º, n.º 2, CPP).

Lembra-nos Francisco Fernandes que subsistiu uma corrente protagonizada por Carelli, Garofalo, Berenini e Lucchini, no sentido de que depois da pronúncia, ter-se-ia um estado de imputação, por meio do qual “o réo nem póde presumir-se innocente nem culpado: é um imputado, isto é, existem razões que levam os juizes a consideral-o culpado”<sup>548</sup>.

Fernandes seguia a posição de Berenini<sup>549</sup>. Em síntese, não considerava nem presunção de inocência, nem presunção de criminalidade, na medida em que os dois significavam excessos. Era necessário se restringir aos fatos, sem falar em presunções. Por isso, sustentava que “na verdade a pronúncia d’um réo é já uma prova mais ou menos valiosa, senão da sua criminalidade, pelo menos da sua não innocencia; não é um acto arbitrario, leviano, da parte dos juizes, mas obedece a certos criterios”<sup>550</sup>.

Na verdade, cuida-se de um dogma jurídico pautado em uma opção político criminal que a sociedade reconhece como necessária para não permitir qualquer mitigação do direito à liberdade.

Compete ao Estado, com esteio na legitimação democrática, determinar qual a diretriz da política criminal consentânea à comunidade. Com isso, o propósito de não permitir a declaração de culpado enquanto não subsiste uma sentença irrecorrível diz

---

pela convicção já formada pelo magistrado e até pela consciencia social, para que ha de a sociedade ficar indifferente perante o perigo que a ameaça, tendo ella de mais a mais um meio efficaz para o remover?” (*idem*, p. 75-76).

<sup>548</sup> *Idem*, p. 85.

<sup>549</sup> Segundo Francisco Fernandes: “Esta theoria é perfectamente acceitavel. Desprende-se de conceitos meramente abstractos, producto do sentimentalismo morbido da época, para se concentrar na analyse fria e imparcial dos factos. Tambem não temos duvida em abraçal-a nos termos expostos, e na sua applicação especial ao periodo accusatorio do processo, que é sem duvida onde quadra melhor” (ob. cit., p. 86).

<sup>550</sup> *Idem*, p. 86.

respeito a uma posição dogmática, na maioria das vezes espelho do momento político e sua relação com os valores que interessam à segurança e à liberdade.

Por isso mesmo, em matéria de prisão preventiva, convém sustentar que o princípio da presunção de inocência deve ser sopesado com o princípio da proporcionalidade. Não por acaso, para a doutrina alemã, por conta do §112 StPO, o *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* (princípio da proporcionalidade) é pressuposto material da prisão preventiva<sup>551</sup>.

Decerto, na medida em que há fortes indícios, no sentido de que o arguido cometeu um crime grave e há “razões bastantes” para prospectar sua reiteração, seria um equívoco não decretar a prisão preventiva, sob pena de colocar em risco outro bem não menos importante que a liberdade do arguido, mas a integridade física de outrem, interesses relacionados a função comunitária do processo penal.

Contudo, mesmo diante de fortes indícios, não desaparece os efeitos do *status* de inocência juridicamente presumida. Impõe-se, por isso mesmo, o respeito a um estatuto de direitos do preso preventivo, de modo a preservar a imagem dele arguido e sua dignidade de não culpado, com um regime diferenciado de execução da prisão preventiva, porquanto em sintonia com o que se espera de um Estado de direito democrático.

Em Atenas, a prisão preventiva praticamente inexistia. Cabia, porém, nos crimes políticos, como a traição, por exemplo. O juiz não poderia prender provisoriamente quem oferecesse três fiadores como garantia<sup>552</sup>. Por essa razão, a prisão preventiva não era necessariamente uma regra, mas uma exceção dentro do sistema ateniense<sup>553</sup>. Ou seja, não se alterava o *status* de liberdade do réu<sup>554</sup>.

No período romano, a *custodia preventiva* ou prisão preventiva variou segundo cada período da sua história. Por exemplo, na época republicana, não havia essa prática. Já

---

<sup>551</sup> Como Wolfgang Joecks, para o qual “die Vorschrift regelt im Verein mit §§ 112<sup>a</sup>, 113 die Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Nötig sind ein dringender Taverdacht (Abs. 1 Satz 1), das Vorliegen eines gesetzlich nomierten Haftgrundes (Abs. 2, siehe aber auch Abs. 3) und die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Abs. 1 Satz 2). Nötig ist weiterhin ein schriftlicher Haftbefehl des Richters (§114). Der Erlass der Haftbefehls steht in dessen pflichtgemäßen Ermessen (BVerfGE 19, 349)” (*Strafprozessordnung – Studienkommentar*, p. 274).

<sup>552</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>553</sup> FERNANDES, Francisco; *idem, ibidem*.

<sup>554</sup> PEZZATINI, Pompeo; *La Custodia Preventiva*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1954, p. 7.

no conhecido período inquisitório, ou seja, quando existia o magistrado acusador, usava-se a medida<sup>555</sup>.

Nesse sentido, convém registrar a regra *qui accusatur sub custodia officii facto*<sup>556</sup>. Em face de uma acusação, o arguido deveria responder o processo preso<sup>557</sup>. Nem sempre, todavia, ela se dava de maneira compulsória. Era obrigatória em dois casos, quando versava sobre crimes graves (*grave scelus* – liv. 5.º, Dig., De cust. reorum), bem como diante da confissão do acusado (*si confessus fuerit reus in vincula conjiciendus est*)<sup>558</sup>.

Por oportuno, cabe aqui uma explicação. Com o advento da *provocatio ad populum* (séc. v a.c.), o processo romano sofreu importantes mudanças, entre elas, reduz-se o poder do magistrado, tanto que um condenado poderia apelar contra uma sentença capital à assembleia popular (senadores, patrícios e plebeus). No caso específico da *custodia preventiva*, ela podia ser substituída por uma fiança<sup>559</sup>.

Também o *proconsul* poderia conversar com o preso, deixando-o a sua vista ou deixá-lo em liberdade com o pagamento de uma caução ou por “empenho” de sua palavra (*vel fidejussoribus committenda, vel si bi*)<sup>560</sup>.

No caso das mulheres, com base na *Novella* de Justiniano n. 134, cap. 9, não cabia prisão preventiva. Mesmo na hipótese de crimes gravíssimos, elas iam para um convento ou para uma residência feminina<sup>561</sup>.

Angela Messana, por sua vez, no estudo da Dig. 48, 19, 8, 9 de *Ulpiano* 9 (*De officio proconsulis*)<sup>562</sup>, registra que o cárcere público servia como *custodia preventiva*,

---

<sup>555</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>556</sup> FERNANDES, Francisco; *Prisão Preventiva*, p. 4.

<sup>557</sup> Sobre a prisão preventiva no direito romano em suas diferentes fases cf. SEIDEL, Tabea Constance; *Die Anrechnung erlittener Untersuchungshaft auf die Freiheitsstrafe*. Historische Entwicklung und Rechtsnatur. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2004, p. 29.

<sup>558</sup> FERNANDES, Francisco; *idem, ibidem*.

<sup>559</sup> PEZZATINI, Pompeo; *idem*, p. 8.

<sup>560</sup> Escreveu Francisco Fernandes, “Não se pense, porém, que ella foi sempre uma norma geral, inflexivel, absoluta, do processo. Esta inflexibilidade só a conservou em dois casos: crimes graves (*grave scelus* – liv. 5.º, Dig., De cust. reorum) e confissão do accusado (*si confessus fuerit reus in vincula conjiciendus est*). *Ibidem*. Fóra d’estes casos excepçionaes, ficava livre ao proconsul ou conversar preso o accusado (*in carcerem*), ou guardal-o á vista (*militi traditio*), ou deixal-o livre sob caução ou mesmo sob sua palavra: vel fidejussoribus committenda, vel sibi (liv 1.º, Dig., De cust. reor.). Finalmente Justiniano promulgou uma *Novella* que isentava as mulheres do carcere preventivo, salvo se a accusação tivesse por objecto um crime enorme, pois n’esto caso deviam ser encerradas n’um convento ou guardadas por mulheres (Nov. 134, cap. 9)” (*Prisão preventiva*, p. 4).

<sup>561</sup> FERNANDES, Francisco; *idem, ibidem*.

especificamente para controlar os homens, portanto, não se destinava à punição, muito embora consistisse ambas em uma privação da liberdade<sup>563</sup>.

Então, os romanos, mormente no período republicano, usavam a *custodia preventiva* de modo limitatíssimo, pois a regra era liberdade e a fiança, salvo nos casos de homicídio. No caso dos “homens livres”, não cabia prisão preventiva, salvo confessassem o crime, ou seja, somente na hipótese de elevada possibilidade de condenação<sup>564</sup>.

Conta Mario Valiante, que naquela altura a função da prisão preventiva era garantir a execução da pena<sup>565</sup>. Havia, paralelamente, a possibilidade de oferecer uma *fideiussioni* (garantia) e o uso recorrente do instituto *libera custodiae*<sup>566</sup>.

No processo do baixo medievo, pautado por duas ideias centrais, a inquisição e a confissão, usava-se a tortura como método específico à obtenção da prova (confissão), por isso o interesse na prisão preventiva<sup>567</sup>. Por conta da Igreja, o processo criminal buscava a penitência e a emenda do suspeito, daí porque concebia-se a medida como meio propício ao “isolamento” do indivíduo carente de “arrepentimento”<sup>568</sup>.

---

<sup>562</sup> *Solent praesides in cárcere continendos damnare au tut in vinculis contineantur: sed id eos facere non oportet. Nam hismodi poenae interdictate sunt: carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet.*

<sup>563</sup> Riflessioni Storico-comparative in tema di carcerazione preventiva (a proposito di D.48,19,8,9 – Ulp. 9 *De off. Proc.*). *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*. Volume XLI. Palermo: Palumbo, 1991, p. 66.

<sup>564</sup> Segundo Pezzatini, “(...) Nel periodo delle quaestiones, in cui prevalse il sistema accusatorio, avanti al Pretore, accusato e accusatore rimasero, come in Grecia, sullo stesso piano, e la custodia preventiva è esclusa, fatta eccezione del caso in cui l'imputato sia confesso (si confessus fuerit reus, donec de eo pronuntiaretur in vincula publica conijendum est. (...) La libertà contro fidejussione rimane la regola per tutti i reati eccetto l'omicidio. E ove non fosse stata data fidejussione, fu stabilito l'obbligo di celebrare il giudizio al più presto, e non più tardi di sei mesi per l'omicidio e di trenta giorni per gli altri reati (...)”, *idem*, p. 8-9.

<sup>565</sup> *Il nuovo processo penal. Principi Fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 1975, p. 282.

<sup>566</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>567</sup> De acordo com Mario Valiante, “la carcerazione preventiva ebbe appunto una funzione corrispondente a quella della citazioni in giudizio. Scopo della misura coercitiva divenne quello di assicurare la presenza dell'imputato al processo” (*idem*, p. 282-283).

<sup>568</sup> VALIANTE, Mario; *idem*, p. 283. Escreve, a propósito, quando nasce essa relação entre prisão preventiva e gravidade do crime, *verbis*: “Esta macroscópica confusão tra suspeito e culpado, entre imputado e réu, caracteriza a lei processual de 1859, inspirada na lei francesa de 1808. Ela concebeu a carceração preventiva como um meio para interrogar o imputado de determinados crimes. Começou, assim, a delinear-se essa espécie de relação entre prisão preventiva e gravidade da acusação: a primeira se determina em função da segunda. Em uma visão religioso-medieval do processo, exigia-se que o imputado de crimes graves fosse imediatamente submetido a interrogatório” (*idem, ibidem*).

No período inquisitório, portanto, prevalecia o abuso da prisão preventiva, na medida em que a concebida como necessária ao desenvolvimento do processo penal, pois prenominava a regra *in dubio contra libertatem*<sup>569</sup>.

Contudo, convém destacar, no caso da experiência britânica, a importância da *Magna Charta*<sup>570</sup> de 19 de junho de 1215 do Rei João sem Terra, porquanto sinalizou a cogente necessidade de impedir prisões que não se dessem dentro de um processo e de acordo com as leis do país.

Com isso, restou claro que a liberdade sempre se comportou como regra comum (*common law*) da comunidade britânica. Segundo Lucchini, «*per esso ogni buon inglese sa essere perfettamente al sicuro la própria libertà*»<sup>571</sup>.

No antigo direito alemão, não era comum a prisão preventiva sob o risco de fuga. Exceção se dava nos casos de *Handhafte Tat*, quer dizer, pessoa detida com o objeto furtado em sua mão, de modo que poderia pela força ser conduzido à presença do Tribunal ou imediatamente morta<sup>572</sup>.

Constance Seidel, por oportuno, recorda-nos que a origem da prisão preventiva no direito alemão não pode ser atribuída ao direito romano, mas especialmente ao processo inquisitorial canônico, sobretudo porque na altura em que prevalecia o direito comum alemão (*Gewohnheitsrecht*), as questões criminais eram resolvidas na esfera privada (*Privatklägers*), de modo que ofensor (*Beklagter*) e ofendido (*Kläger*) possuíam os mesmos direitos e estavam em igualdade de condições<sup>573</sup>.

Eram, por excelência, homens livres, pois no costume alemão o direito à liberdade pessoal possuía um valor significativo, de modo que a prisão em função do processo não possuía nenhuma representatividade<sup>574</sup>.

---

<sup>569</sup> MESSANA, Maria Angela; *Riflessioni Storico-comparative in tema di carcerazione preventiva* (a proposito di D.48,19,8,9 – Ulp.. 9 *De off. Proc.*), p. 181.

<sup>570</sup> Cf. THORNE, Samuel E.; “What Magna Carta Was”. *The Great Charter. Four essays on Magna Carta and The History of our Liberty*. New York: Pantheon Books, 1965, p. 3.

<sup>571</sup> *Il Carcere Preventivo*, p. 56.

<sup>572</sup> Cf. SIEPMANN, Sarah; *Die Entwicklung einer gesetzlichen Basis für Recht der Untersuchungshaft auf Bundes und Landsebene (Das BayUVollzG)*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2012, p. 9.

<sup>573</sup> *Die Anrechnung erlittener Untersuchungshaft auf die Freiheitsstrafe*, p. 39.

<sup>574</sup> De acordo com Constance Seidel, “Die Haft hätte den Beklagten in eine schlimmere Lage gebracht als den Ankläger. Da die persönliche Freiheit für die Germanen das kostbarste Recht war, blieb der Angeklagte vor dem Urteillspruch grundsätzlich von Eingriffen unberührt. Die Festnahme zum Zwecke der Verfahrensdurchführung war aber auch deshalb nicht erforderlich, weil die Anwesenheit des Beschuldigten im germanischen Strafprozess für nicht notwendig erachtet wurde. Folgte der Beschuldigte dem Ankläger nicht

Doravante, o processo penal passa a ter um interesse público predominante com o processo inquisitório instituído pelo Papa Inocêncio III no século XIII. É dentro desse universo que a prisão preventiva passa a ser usada como instrumento de otimização da investigação. Portanto, instituída como medida processual<sup>575</sup>.

Somente com a CCC<sup>576</sup> de 1532<sup>577</sup>, o instituto da prisão preventiva tornou-se autônomo (art. 6 – 10, CCC). No processo inquisitivo baseado no art. 6, ou seja, na acusação pública, ela caberia quando subsistisse uma forte suspeita contra o arguido. Enquanto que na acusação privada, ela só teria lugar, se o querelante pagasse uma fiança ou ficasse preso enquanto corria o processo (art. 12, CCC). Essa razão, na verdade, concorreu para a consolidação do modelo inquisitório<sup>578</sup>.

Além disso, buscou-se por meio da CCC reduzir as detenções arbitrárias, de modo que a prisão preventiva passou a figurar como uma medida formal dentro do processo<sup>579</sup>. É importante destacar que nesse período o simples fato de haver uma lei delimitando uma medida, isso representava uma forma de proteger o cidadão.

---

vor das Gericht, wurde ihm gleichwohl der Prozess gemacht und die Strafe nicht stellen werde, wurde dadurch abgeholfen, dass das Urteil nicht nur die konkrete Strafe aussprach, sondern darüber hinaus eine mittelbare Zwangswirkung gegen den abwesenden Verurteilten begründete: seine Ächtung, auch Friedlosigkeit genannt. Der Beschuldigte wurde als Folge dessen, das er sich der Rechtsordnung nicht gebeugt hatte, vom Gericht rechtlos gesprochen und konnte sogar straf- und bußlos von jedermann getötet werden“ (*idem*, p. 40).

<sup>575</sup> Cf. SIEPMANN, Sarah; *idem*, p. 11.

<sup>576</sup> *Constitutio Criminalis Carolina* ou *peinliche Gerichtsordnung von Kaiser Karls V.*

<sup>577</sup> Cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian; *Untersuchungshaft – Ein Gang durch die Grundprinzipien und die Geschichte des Strafprozesses. Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung.* 30. Jahrgang März 1990. Heft 3, p. 177.

<sup>578</sup> SIEPMANN, Sarah; *idem*, p. 12. Essa na verdade seria uma das razões pelas quais houve a necessidade de reformar o processo penal medieval germânico, no afã de diminuir as acusações privadas sem provas. Bernd Marquardt registra que no ano de 1498 na cidade de Freiburg houve uma reunião destinada a propor uma reforma penal, dado as diverdas queixas sobre detenções e execuções arbitrárias. Com isso, surge o *Tiroler Malefizordnung* de 1499. Depois disso, surge o *Bambergische Halßgerichts Ordnung* de 1507 (*Constitutio Criminalis Bambergensis*) redigido por Johan von Schwarzenberg, diploma esse que servirá de base a constituição da *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 (cf. *Pensamento Jurídico*. N. 45. Enero-Julio. Bogotá. *El primer Código Penal sistemático de La Modernidad Temprana Europea: La Constitutio Criminalis Carolina* de 1532., p. 15-60).

<sup>579</sup> SIEPMANN, Sarah; *idem*, p. 12. Segundo Sarah Siepman, “Troz der aufgezeigten Schwächen und stark absolutistischen Prägung sind die Regelungen der Carolina nicht nur eine der wichtigsten Grundlagen des heutigen Straf- und Strafverfahrensrechts. Sie enthielt als zentrales Dokument der Rechtsgeschichte erstmals eine gesetzliche Regelung zum U-Haftvollzug. Art. 11 CCC hann daher als die historische Wurzel des fast 500 Jahre jüngerer BayUVollzG klassifiziert werden (*idem*, p. 13)“.

Em relação à Portugal<sup>580</sup>, tanto as normativas romanas, quanto a experiência grega, concorreram à formação do instituto da prisão preventiva, especialmente no tempo de D. Afonso IV, D. Pedro I e D. João I<sup>581</sup>.

Existiam, segundo Francisco Fernandes, diversas normas nas *Ordenações Affonsinas*, dando conta da prisão preventiva, *in verbis*: “os povos requereram nas Côrtes de Vizeu, Coimbra e Evora, celebradas no tempo de D. João I, que ninguém fosse preso sem culpa formada, ou por facto que não merecesse tal pena, ou por juiz incompetente”<sup>582</sup>. Essas, por sua vez, foram contempladas na Lei de 21 de janeiro de 1459 dentro da Ordenação e renovadas, posteriormente, nas *Ordenações Manuelinas* e nas *Ordenações Philippinas*<sup>583</sup>.

No período das *Ordenações*, haviam duas hipóteses em que se dava a prisão preventiva. Nos casos de flagrante delito, bem como nos casos onde a consequência do crime provado era a pena de morte. Segundo Fernandes, “afóra estas excepções, a lei sómente permitia a prisão preventiva do réo, quando pronunciado por algum crime”<sup>584</sup>.

Com a Revolução de 1820, deu-se início ao movimento de reforma do processo criminal. Decerto, convém recordar que a reforma processual que seguiu à Revolução de 1820 em Portugal ocorreu em meio ao movimento iluminista e liberal do século XVIII, concentrado na razão e na promoção da liberdade.

Nesse sentido, as reflexões de Cesare Beccaria ocuparam o centro do pensamento dessa época<sup>585</sup>, pois com a obra *dei delitti e dele pena*, sustentou-se que a privação da liberdade dependia de uma sentença que declarasse o cometimento de um crime, caso contrário a prisão preventiva só teria lugar em casos de estrita necessidade<sup>586</sup>, basicamente em função do risco de fuga e da destruição das provas<sup>587</sup>. Segundo Cesare Beccaria, «la

---

<sup>580</sup> Sobre cf. SOARES, António Lemos; Novas sobre os fundamentos históricos do processo penal português. *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coord. Mario Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Novera Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 291-331.

<sup>581</sup> FERNANDES, Francisco; *idem*, p. 5.

<sup>582</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>583</sup> *Idem*, p. 5.

<sup>584</sup> *Idem*, p. 6.

<sup>585</sup> Cf. FÁRIA COSTA, José de; *Beccaria e o Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

<sup>586</sup> MESSANA, Maria Angela; Angela; *Riflessioni Storico-comparative in tema di carcerazione preventiva* (a proposito di D.48,19,8,9 – Ulp.. 9 *De off. Proc.*), p. 181.

<sup>587</sup> Cf. LUCCHINI, Luigi; *Il Carcere Preventivo*, p. 21.

*strettezza del cárcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti»*<sup>588</sup>.

Esse pressuposto da necessidade, por conseguinte, passou a nortear naquele período o uso da prisão preventiva. Francesco Carrara, por exemplo, indicava quatro razões plausíveis para o *carcere preventivo*, quais sejam: a) para o interrogatório; b) para evitar o risco de inquinação da prova pelo arguido; c) para evitar novos crimes; d) para garantir a execução da pena<sup>589</sup>. Nada obstante, não houve uma mudança legislativa *pari passu* aos novos ventos doutrinários de Beccaria<sup>590</sup>.

Era preciso, no particular do processo criminal, propor um equilíbrio entre a defesa da sociedade e a liberdade dos indivíduos<sup>591</sup>. Eduardo Correia destacara, nesse sentido, que por conta do iluminismo “igualmente se exigia que a privação da liberdade, antes da condenação, fosse regulada de maneira mais rigorosa”<sup>592</sup>. Nessa quadra, publicase o CPP francês de 1808, que será determinante ao processo português do século seguinte.

Com a Constituição Portuguesa de 1822, precisamente nos art. 4º, 124º n.º 4º, 203º, e seguintes, tem-se a regulação da prisão preventiva.

Em resumo, manteve-se o princípio, segundo o qual ninguém poderia ser preso sem culpa formada, bem como deveria ser decretada por uma autoridade. Essas regras seguem na Constituição de 1838, depois de sucessivas reformas legislativas pertinentes à prisão preventiva<sup>593</sup>.

---

<sup>588</sup> Capitulo XIX, *Prontezza della pena*.

<sup>589</sup> *Apud* Maria Angela Messana, *idem*, p. 182.

<sup>590</sup> MESSANA, Maria Angela; *idem*, *ibidem*.

<sup>591</sup> CORREIA, Eduardo; *Processo Criminal, ob. cit.*, p. 59.

<sup>592</sup> *Idem*, p. 61.

<sup>593</sup> *Idem*, p. 8. Sobre a Constituição portuguesa de 1822, escreve Francisco Fernandes, “A Constituição de 23 de setembro de 1822, á semelhança d’aquellas que lhe serviram de fonte, não deixou de fixar algumas regras sobre prisão preventiva, esforçando-se por harmonisal-a o mais possivel com as garantias com que entendeu dever cercar a liberdade individua l. Assim, começou por consagrar o velho principio de Ordenação – ninguém deve ser preso sem culpa formada e sem mandado da auctoridade legitima – salvo os casos seguintes, em que permittia a prisão preventiva: flagrante delicto; para os indiciados de furto com arrombamento, ou com violencia feita á pessoa; furto domestico, assassinio, crimes relativos á segurança do Estado nos declarados no art. 124.º n.º 4 e 211.º e n’aquelles que não são puramente criminaes, e em que a lei determinar todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro de determinado praso. Em todos os casos, o juiz, dentro de 24 horas, contadas da entrada na prisão, e os nomes do accusador e das testemunhas, havendo-as. Se o réo, antes de ser conduzido á cadeia, ou depois de estar n’ella, desse fiança perante o juiz da culpa, seria logo solto, não sendo crime d’aquelles em que a lei prohibisse a finaça, pois para estes prevalecia o regimen da prisão preventiva” (*idem*, p. 9); cf. CORREIRA, Eduardo; *Processo Criminal*, p. 61-65.



Em regra, a prisão preventiva era obrigatória nos crimes gravíssimos, como previa a Lei portuguesa de 15 de abril de 1886, ou seja, naqueles casos em que não cabia fiança.

Basicamente, o propósito dela, dizia muito mais respeito a imposição de uma cadência mais inquisitiva ao processo, do que propriamente servir aos escopos processuais de evitar a fuga do suspeito ou mesmo garantir a execução da pena. Na prática, o processado era preso preventivamente para otimizar a persecução.

Por isso que naquele período, Francisco Fernandes advogava que a prisão preventiva servia, não só como medida de segurança à possível reiteração criminosa ou obstáculo à vigança coletiva contra o arguido, mas como “um meio poderoso de instrução do processo, porque a justiça colhe uma grande parte das suas provas nos interrogatorios e confrontações do acusado, e é preciso não lhe deixar a faculdade de fazer desaparecer os vestígios do crime, de subornar as testemunhas e concertar-se com seus cúmplices”<sup>594</sup>.

Hoje, esse propósito contraria o art. 5º, n.º 1º, c)<sup>595</sup>, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção EDH), que não contempla essa possibilidade<sup>596</sup>. Numa palavra, revela-se incabível quando seu propósito é otimizar a investigação, dado o princípio da presunção de inocência.

Por fim, manter uma pessoa presa preventivamente, sob o argumento da efetividade da justiça, não se mostra compatível com o princípio da presunção de inocência.

Em verdade, o objetivo concernente à descoberta da verdade relaciona-se com a qualidade da investigação. Os órgãos responsáveis, nomeadamente a polícia judiciária, devem reunir provas que indiquem a culpa do arguido.

Essa tarefa não depende da prisão do suspeito, mas da eficiência da apuração, salvo quando este resolva voluntariamente vulnerar a veracidade da informação, ou seja, quando há um risco concreto de inquinamento da prova<sup>597</sup>.

---

<sup>594</sup> *Idem*, p. 62.

<sup>595</sup> “Art. 5º. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: (...) c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido”.

<sup>596</sup> Cf. SCHÄDLER, Wolfram; JAKOBS, Sebastian; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, p. 2944.

<sup>597</sup> GREVI, Vittorio; CONSO, Giovanni; *Compendio di Procedura Penale*, p. 395.

Por isso mesmo, pensamos que as colaborações premiadas, principalmente aquelas firmadas com investigados, usadas no processo penal brasileiro (art. 3º-A, Lei n.º 12.850 de 2013), revelam a decadência dos órgãos de investigação, porquanto passam a depender de um delator sob pressão para cumprir o mister de descobrir a verdade.

## 1.8 Funções da prisão preventiva compatíveis com o princípio da presunção de inocência

Desde o início, mostramos que os fins do processo penal dizem respeito à busca da verdade material e à realização da justiça dentro de um processo penal equitativo, com a proteção dos direitos fundamentais dos sujeitos processuais, para como isso obtermos a restauração da paz jurídica.

Quais seriam, diante dessas finalidades, as funções da prisão preventiva?

Schroeder e Verrel indicam como funções da prisão preventiva aquelas que refletem os motivos contidos no Código que as autorizam, no particular do sistema alemão, imposta para impedir: a) fuga, ocultação ou perigo de fuga; b) ofuscamento de provas; c) reiteração de crimes<sup>598</sup>.

Roxin e Schünemann reconhecem que a prisão preventiva possui a finalidade de garantir o processo de conhecimento e o processo de execução, servindo a três objetivos: a) assegurar a presença do acusado no curso do processo; b) garantir a investigação dos fatos pelas autoridades; c) assegurar a execução da sentença<sup>599</sup>. Esses propósitos, segundo Werner Beulke, relacionam-se a efetividade da justiça criminal<sup>600</sup>,

Hans Hilger<sup>601</sup> vê diferentes motivos para a prisão preventiva, entre os quais, garantir a efetividade do processo penal. Nessa direção, tanto para o Tribunal Constitucional (BVerfGE 19 342, 349; 20 49; 32 87, 93), quanto para a doutrina dominante na Alemanha, caso imposta com base no § 112 do StPO, a *U-haft* funciona para garantir a efetividade do processo. Pode, portanto, ser motivada para garantir a execução penal.

---

<sup>598</sup> *Strafprozessrecht*, p. 99.

<sup>599</sup> *Strafverfahrensrecht*, p. 242.

<sup>600</sup> *Strafprozessrecht*, p. 126.

<sup>601</sup> Löwe-Rosenberg. *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. Großkommentar. 26., Auflage. Vieter Band. Berlin: De Gruyter Recht, 2007, p. 9.

E ainda, como medida de prevenção contra o risco de reiteração criminosa, nos termos do § 112a do StPO. Essa, para os alemães, não guarda qualquer relação com a garantia do processo, por ser uma verdadeira *präventiv-polizeiliche Maßnahme* (medida de policial de prevenção). O Tribunal Constitucional alemão, nesse sentido, reconheceu sua constitucionalidade (BVerfGE 19 342)<sup>602</sup>.

Noutro sentido, consoante regista Maria João Antunes, pode-se dizer que as funções da prisão preventiva revelam-se na satisfação de exigências processuais de natureza cautelar<sup>603</sup>, dado que um procedimento demanda tempo e recursos para sua conclusão, razão pela qual a liberdade do acusado pode ser posta em questão a vista dos objetivos do processo penal (art. 191.º, n.º 1).

Tais exigências, por conseguinte, devem refletir o que dispõe o art. 204º, do CPP, ou seja, prende-se preventivamente dado a fuga ou perigo de fuga do arguido; por conta do perigo à aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou considerando a personalidade do arguido ou as circunstâncias e natureza crime, para impedir a reiteração criminosa ou grave risco à ordem e tranquilidade públicas.

Eduardo Correia, no particular, invoca razões processuais para a verificação dos fins da prisão preventiva, quais sejam, receio do imputado procurar obstruir a instrução ou subtrair-se à ação da justiça. Todavia, indica razões previstas em outras legislações, como impedir novas infrações criminais, sem embargo de que esse fim não seria essencialmente processual<sup>604</sup>.

Entre a prática de um crime e a conclusão do processo, transcorre-se um tempo mais ou menos longo. Com isso, surgem riscos aos bens jurídicos, ao desenvolvimento do processo, à execução da pena, ampliação das consequências do crime e perigo de reiteração criminosa<sup>605</sup>.

---

<sup>602</sup> HILGER, Hans; *idem*, p. 11.

<sup>603</sup> Por isso mesmo, Maria João consigna que “nesta matéria é indispensável a distinção fundamental entre exigências processuais de natureza cautelar – aquelas que legitimam a imposição duma medida de coação a alguém que se presume inocente – e exigências de punição – aquelas que legitimam a condenação em pena de alguém que é declarado culpado” (*Direito Processual Penal*, p. 136).

<sup>604</sup> *La detention avan jugement*, p. 84.

<sup>605</sup> Nas palavras de Carofoli, “tra il momento in cui il fatto di reato è stato commesso e il momento in cui lo stesso viene accertato nel processo penale, con provvedimento definitivo, può trascorrere un lasso di tempo più o meno lungo, nell’arco del quale si possono verificare alcune situazioni che protrebbero compromettere seriamente la possibilità che il fatto stesso venga accertato od anche – qualora si addivenisse a sentenza di condanna – la possibilità che la sentenza spieghi i suoi effetti penali e civili. I pericoli

Paolo Tonini considera a prisão preventiva como uma medida processual cautelar, e como tal, tem a finalidade de evitar que o transcurso do tempo possa prorrogar os seguintes riscos: a) perigo para a determinação do crime; b) perigo para a execução da sentença; c) perigo no agravamento das consequências do crime ou cometimento de novos delitos<sup>606</sup>.

Para Vittorio Grevi, são diversas as exigências cautelares, como conter o inquinamento das provas, conter o perigo de fuga do principal suspeito, proteger a sociedade face a periculosidade do arguido, garantir a presença do acusado<sup>607</sup>.

Com base no art. 5º, n.º 1, c), da Convenção EDH<sup>608</sup>, a prisão preventiva serve para evitar que o suspeito, contra quem pesa uma razoável suspeita de prática criminosa, possa fugir ou reiterar crimes<sup>609</sup>. Ocorre que a Corte de Estrasburgo igualmente reconheceu que o perigo de supressão de provas (*Wemhoff vs. Germany*) ou o perigo de colusão (*B. vs. Austria*)<sup>610</sup> podem também fundamentar uma prisão preventiva.

Na esteira do art. 5, parágrafo 1, c), da Convenção EDH, Stefa Trechsel comenta que a prisão preventiva (*pre-trial detention*) é caracterizada por três pré-requisitos substantivos: suspeita de ter cometido uma ofensa, necessidade de prevenir o cometimento de uma ofensa ou o perigo de evasão<sup>611</sup>.

Deveras, convém sustentar que as funções da prisão preventiva, a vista da presunção de inocência e da dignidade essencial da pessoa, deveria se restringir a impedir a reiteração criminosa. No entanto, mantém-se de todo legítimo impô-la contra quem põe em risco a obtenção, preservação ou veracidade da prova, bem como no afã de obstar a fuga do arguido. Essas, na verdade, harmonizam-se com aquelas finalidades do processo penal relacionadas à busca da verdade e realização da justiça.

---

potenzialmente pregiudizievoli per i beni giuridici tutelati dal processo penale possono essere ravvisati in: comportamenti che mettano in pericolo l'esecuzione della sentenza; comportamenti idonei ad aggravare le conseguenze del reato o che siano in grado di agevolare la commissione di altri delitti" (*Diritto processual penale*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 250-251).

<sup>606</sup> *Manuale di Procedura Penale*, p. 425.

<sup>607</sup> *Compendio di Procedura Penale*, p. 367.

<sup>608</sup> Cf. MEYER-LADEWIG, Jens; *EMRK. Europäische Menschenrechts Konvention*. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, p. 98; JACOBS, Francis; OVEY, Clare; WHITE, Robin; *The European Convention on Human Rights*, p. 129-131.

<sup>609</sup> Cf. BLEICHRODT, Edwin; *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, p. 456.

<sup>610</sup> *Apud* BLEICHRODT, Edwin, *idem*, p. 456.

<sup>611</sup> *Human rights in Criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 423.

## 1.9 Os pressupostos materiais da prisão preventiva compatíveis com o princípio da presunção de inocência

### a) *Presença de fortes indícios*

As funções da prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência serão determinantes para uma correta análise das suas condições de aplicação ou pressupostos materiais<sup>612</sup>.

O primeiro desses pressupostos ou condições de aplicação consiste na *presença de fortes indícios*<sup>613</sup> de que o arguido cometeu um crime, como prevê, por exemplo, o art. 27º, n.º 3, b), da CRP.

Sobre esse pressuposto, Maia Costa coloca que o conceito de *fortes indícios* é equivalente ao conceito de *indícios suficientes*<sup>614</sup>. Há um equívoco nisso, todavia. Na verdade, os fortes indícios reclamam mais consistência em matéria de fatos e provas. Cuida-se de um pressuposto constitucional, por isso mesmo têm a capacidade de rivalizar com a presunção de inocência e com o direito à liberdade pessoal.

Ao revés, os indícios suficientes são exigidos, por exemplo, para o Ministério Público mover uma acusação, porém com um menor grau evidência. Aliás, o art. 283, n.º 2, do CPP português, oportunamente, delimita o conceito de indícios suficientes para os fins de acusação do Ministério Público, ao indicar que, em função deles, há-de subsistir

---

<sup>612</sup> Cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*. 28., Auflage. München: C. H. Beck, 2014, p. 239; cf. BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*. 9., Auflage. Heidelberg: München, 2006, p. 127; cf. LEMKE, Michael; *Strafprozessordnung. Heidelberger Kommentar*. Bearbeitet von Dr. Karl-Peter Julius. Heidelberg: C. F. Müller, 2009, p. 667; cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian; VERREL, Torsten; *Strafprozessrecht*. 7., Auflage. München: C.H. Beck, 2017, p. 99.

<sup>613</sup> Binder, por oportuno, considera um princípio da prisão preventiva a regra, segundo a qual deve existir informações que indiquem uma suspeita consistente sobre a ocorrência do fato e da participação do arguido. De modo que “si no existe siquiera una sospecha racional y fundada acerca de que una persona puede ser autor de un hecho punible, de ninguna manera es admisible una prisión preventiva” (*Introducción al Derecho Procesal Penal*, p. 199).

<sup>614</sup> Segundo Maia Costa, “Não basta a imputação do crime; é necessário que existam fortes indícios da prática do mesmo. ‘Fortes indícios’ é um conceito equivalente ao de ‘indícios suficientes’ (art. 283º, n.º 2): são aqueles indícios que seriam idóneos para sustentar uma acusação formal contra o arguido, caso o inquérito estivesse findo” (*Código de Processo Penal Comentado*, p. 902).

“uma possibilidade razoável” do arguido ser condenado a uma pena ou medida de segurança.

O CPP italiano de 1930 previa indícios suficientes (*sufficienti*), ao passo que o CPP vigente fala de *gravi indizi di colpevolezza* (art. 273, *comma* 1). Com isso, o atual Código de 1988 passa a indicar um *quantum* mais elevado de conficção, ou seja, com fatos e provas mais consistentes à prisão preventiva, observa Tonini<sup>615</sup>. Segundo Grevi, essa alteração significa «*consistenza della piattaforma indiziaria*», razão pela qual constitui um sinal inequívoco contra excessos<sup>616</sup>.

Mais além, com a Lei de 1º de março de 2001, o CPP italiano passou a determinar, com o novo art. 273, n.º 1-bis, que na valoração desse indícios, o juiz deverá seguir o art. 192, n.ºs 3 e 4 (restrinções às declarações do co-arguido), o art. 197, n.º 7 (depoimento anônimo ou testemunha indireta), o art. 203 e o art. 271 (provas proibidas)<sup>617</sup>.

Nesta senda, o art. 5º, n.º 1, *c*), da Convenção EDH, condiciona a imposição da prisão preventiva, quando pesar contra alguém uma “suspeita razoável de ter cometido uma infração”<sup>618</sup>. Então, um dos problemas da prisão preventiva consiste em precisar a dimensão exata desse pressuposto relacionado à razoável suspeita.

Edwin Bleichrodt sugere que o termo “suspeitas razoáveis” (*reasonable suspicion*) pressupõe a existência de fatos ou informações com os quais se observe de modo objetivo que a pessoa em causa possa ter cometido o crime ou está prestes a cometer a ofensa<sup>619</sup>.

---

<sup>615</sup> *Manuale di Procedura Penale*, p. 443.

<sup>616</sup> De acordo com Grevi, “A proposito del primo profilo, in attuazione di una precisa direttiva della legge delega (art. 2 n. 59), l’art. 273 comma 1º individua quali «condizioni generali» di applicabilità delle misure in questione la sussistenza a carico del destinatario di «gravi indizi di colpevolezza», com l’evidente proposito di accentuare (rispetto alla formula tradizionale del codice previgente, dove ci si accontentava di «sufficienti indizi») la consistenza della piattaforma indiziaria indispensabile per l’adozione di qualunque misura cautelare personale. Per quanto possano valere le modifiche lessicali, si tratta di un non equivoco segnale diretto a frenare eventuali eccessive disinvolture sul piano applicativo, cui si raccorda – sul terreno della concreta valutazione circa la «gravità» degli indizi – il 2º comma dello stesso art. 273, nell’imporre alla competente autorità un sai pur sommario accertamento negativo circa la sussistenza di una delle cause di giustificazione o di non punibilità, ovvero di estinzione del reato o della pena, menzionate nella medesima disposizione (per una particolare disciplina legata alla prognosi di concessione della sospensione condizionale della pena v. infra, § 5)” (*Compendio di Procedura Penale*, p. 392).

<sup>617</sup> GREVI, Vittorio; *Compendio di Procedura Penale*, p. 392.

<sup>618</sup> *Human rights in Criminal Proceedings*, p. 424.

<sup>619</sup> Nas palavras de Edwin Bleichrodt, “The term ‘reasonable suspicion’ presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed or is about to commit the offence. Thus, the reasonableness depends on all the circumstances of

Foi nesse sentido que a Corte EDH decidiu. No caso *Fox, Campbell e Hartley vs. the United Kingdom* (1990), o Tribunal de Estrasburgo reconheceu que a expressão “suspeita razoável” pressupõe a existência de fatos ou informações com as quais será possível convencer um observador objetivo que a pessoa em causa possa ter cometido uma ofensa<sup>620</sup>.

Por essa razão, uma mera suspeita não pode subsidiar uma prisão preventiva, dado o princípio da presunção de inocência. Impõe-se, com a preocupação inerente à possibilidade de subtrair um direito fundamental como a liberdade de locomoção, que subsista uma suspeita razoável pautada, rigorosamente, na presença de indícios graves, precisos e concordantes<sup>621</sup>, com os quais seja possível concluir pela existência de um fato caracterizador de um crime punido com pena de reclusão superior a cinco anos.

No processo medieval de base romano canônica, convém não esquecer, o indício servia de substrato à captura do suspeito<sup>622</sup>, para que por meio da tortura obtivessem a prova plena: confissão.

---

the case. The Court must also assess whether the conduct of the detainee can reasonably imply an offence” (*Theory and Practice of European Convention on Human Rights*. Fifth edition. Edited by Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn Leo e Leo Zwaak. Cambridge: Intersentia, 2018, p. 458).

<sup>620</sup> Nesse sentido, anotaram Richard Vogler e Shahrzad Fouladvand: “It is evident from the ECHR case law that the test of reasonable suspicion under the ECHR is to be considered as primarily an objective one. In the 1990 case of *Fox, Campbell and Harley v. the United Kingdom* the court held that ‘having a ‘reasonable suspicion’ presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence. What may be regarded as ‘reasonable’ will however depend upon all the circumstances ...’ Subsequent decisions have reemphasized the objective character of reasonable suspicion under the ECHR and the mere fact that a suspicion is held by the officer concerned in good faith is insufficient. The suspicion must be based on relevant facts or information. The court has also emphasised that facts which raise suspicion need not satisfy as high a standard of proof as those necessary to justify a conviction or even the bringing of a charge, since these come at later stages of the process of criminal investigation” (*ob. cit.*, p. 193-194).

<sup>621</sup> Empregamos essa expressão “indícios graves, precisos e concordantes”, em referência ao art. 192, n.º 2, do CPP italiano (*Art. 192. Valutazione della prova. 1. Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati. 2. L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti. 3. Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità. 4. La disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'articolo 371 comma 2 lettera b).*

<sup>622</sup> Sobre a prova indiciária pós IV Conselho de Latrão de 1215, Bruna Capparelli comenta que: “Definida como uma prova ‘artificial’, esta não era considerada formalmente uma prova, mas um argumento. Isto é, entendendo que a comissão de um crime por parte do imputado se deduz indiretamente de outros fatos, chamados indícios, os quais, com um raciocínio (argumento ou presunção), são baseados sobre a probabilidade ou verossimilhança, deixando deduzir o fato principal. O indício é um fato objeto de prova direta. Mesmo não sendo suficientes para a condenação à pena ordinária, esses indícios são importantíssimos no rito inquisitório, porque a existência de um indício legitima a inquisição especial, a captura do perseguido

Então, permitir uma prisão preventiva com base em um indício para obter uma confissão<sup>623</sup> e depois disso uma “colaboração premiada”, não nos parece distante daqueles “séculos de inquisição religiosa”. Esse procedimento, segundo Zacharias Toron, ocorre no Brasil sob o pretexto de combate à corrupção no bojo da operação “Lava Jato”<sup>624</sup>.

Porém, revela-se ilegal e abusiva qualquer prisão imposta para coagir uma delação premiada<sup>625</sup> (colaboração), sem embargo de ignorar diversos princípios do processo penal, como o respeito à decisão de vontade do arguido<sup>626</sup>.

Decerto, o suspeito não pode ser coagido a confessar. A colaboração premiada é considerada, pelo menos do direito brasileiro, como um meio de obtenção de prova (art. 4º, da Lei n.º 12.850 de 2013). Com isso, qualquer coação contra ele ofenderá aquela máxima do respeito a sua decisão de vontade. Esse princípio decorre da interpretação conjunta dos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.

Segundo Figueiredo Dias, “o princípio da presunção de inocência, ligado agora diretamente ao princípio – o primeiro de todos os princípios jurídico-constitucionais – da preservação da dignidade pessoal, conduz a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade – tanto no inquérito como na instrução ou no julgamento: só no exercício de uma plena liberdade da

---

e a tortura. E para cada uma dessas operações processuais são pedidos indícios qualitativamente diferentes: mais leve para inquisição e captura, mais grave para a tortura. Porém, a avaliação dos indícios é deixada à discricionariedade do juiz (Origens históricas do processo penal italiano e o IV Conselho Lateranense. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 71).

<sup>623</sup> Cf. ZACCHE, Francesco; *Criterio di necessità e misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Editore, 2018, p. 4.

<sup>624</sup> Cf. TORON, Alberto Zacharias; O direito de defesa na Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 24. Vol. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 27.

<sup>625</sup> Segundo Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos, “dentre as hipóteses prisionais, não há motivo de prisão processual para realização de acordo de colaboração premiada ou de fornecimento de provas. Inclusive, esse uso prisional está em oposição ao direito de produzir provas contra si mesmo, ao princípio da legalidade e ao direito à liberdade por utilização, além de tudo, imoral do ser humano como meio e não como fim. Inclusive, pode-se pensar na obtenção da delação premiada como item conveniente à instrução criminal. No entanto, é, sem dúvida, caso de abuso de poder e de desvirtuamento da natureza excepcional da prisão preventiva que reduz a liberdade como direito fundamental em nome de um ponderação estranha com o abstrato direito à segurança” (*Prisão Preventiva. A contramão da modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 171-172).

<sup>626</sup> Para Maria João Antunes, “O estatuto processual do arguido está enformado por três vetores fundamentais: o direito de defesa; o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença de condenação; e o princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido, uma das implicações do princípio da presunção de inocência” (*Direito Processual Penal*, p. 39).



vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo”<sup>627</sup>.

Irineu Barreto, calcado nos precedentes da Corte EDH, considera que “uma suspeita pressupõe a existência de factos ou informações de modo a que um observador objetivo, valorando-os, possa ajuizar no sentido de se convencer de que a pessoa poderia ter praticado um crime”<sup>628</sup>.

Em função do caso *Murray e K.F. vs. Alemanha* de 1997 (Corte EDH), Barreto lembra o seguinte: “os factos que sustentam estas suspeitas não devem ser do mesmo grau dos que são necessários para justificar uma condenação ou mesmo para deduzir uma acusação”<sup>629</sup>.

Portanto, na esteira da Corte EDH, o art. 5º, n.º 1, c), a prisão preventiva poderia ser imposta com base em suspeitas razoáveis de que o suspeito cometeu o crime, quando necessária para conter o risco de fuga ou o risco de reiteração criminosa<sup>630</sup>. Essa suspeita, por seu turno, será caracterizada quando, diante da reunião de fatos e informações, convencemo-nos, de modo objetivo, sobre quem possa ter praticado o crime.

Em síntese, para Corte EDH a prisão preventiva supõe uma forte suspeita da prática de crime e a existência de um motivo, ou impedir a fuga, ou impedir a prática de novos crimes, nos termos do art. 5º, n.º 1, c), da Convenção EDH<sup>631</sup>.

Ocorre que o art. 27º, n.º 3, b), da CRP, vai além do que prevê a Convenção EDH, porquanto exige a presença de “fortes indícios” para legitimar uma prisão preventiva. De modo que, por cuidar de uma garantia, faz-se mister prevalecer sobre tudo o comando constitucional nesse aspeto.

Para o quadro normativo português, o art. 27º, da CRP e o art. 202º, do CPP (*fortes indícios*); o art. 1º, e), do CPP (*indício*); os arts. 283º e 308º, do CPP (*indícios*

---

<sup>627</sup> *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, p. 29.

<sup>628</sup> *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, p. 126.

<sup>629</sup> *Idem*, p. 126; cf. SCHABAS, William; *The European Convention on Human Rights*, p. 238.

<sup>630</sup> Cf. Jacobs/White/Ovey (*The European Convention on Human Rights*, p. 245).

<sup>631</sup> Cf. Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, para os quais “Die Freiheitsentziehung muss rechtmäßig und auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise (→ Rn. 42), außerdem zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde (u. → Rn. 76) vorgenommen sein, und es muss ein Haftgrund vorliegen (Tatverdacht, Verhinderung einer Straftat, Fluchtgefahr, u. → Rn. 44, 86, 87). Die U-Haft beginnt mit der Verhaftung und endet mit der gerichtlichen Entscheidung in der ersten Instanz. Sie darf nicht länger dauern als notwendig (u. → Rn. 82 f.)“ (*EMRK Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar*. 4. Auflage. Hrsg. Dr. Jens Meyer-Ladewig, Dr. Martin Netteschein und Stefan von Raumer. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2017, p. 154).

*suficientes*); e o art. 174, n.º (*indícios*) revelam uma gradação de consistência entre os indícios.

O indício de que trata o art. 1º, *e*), do CPP pode ser interpretado como um sinal de que alguém cometeu ou se prepara para cometer um crime, por isso considerado suspeito pelo Código.

No caso do art. 283º, n.º 1, do CPP, usa-se a expressão *indícios suficientes* como requisito da acusação. Essa hipótese pode ser interpretada como uma indicação do órgão responsável pela acusação de quem cometeu o crime e quais são os elementos com os quais baseia sua convicção. Portanto, mais consistente do que aquele previsto no art. 1º, *e*), que trata do suspeito.

Esses *indícios suficientes*, em tese, são os mesmos de que trata o art. 308º, n.º 1, do CPP, que cuida do despacho de pronúncia, cuja competência é do juiz de instrução. Nessa hipótese, comprometido sobretudo com a regularidade do processo e garante das liberdades<sup>632</sup>, bem como com a discussão dos indícios<sup>633</sup> reunidos no curso da instrução.

No caso dos fortes indícios contidos no art. 27º, da CRP, e no art. 202º, do CPP, esses significam fatos, dos quais se infere a probabilidade do arguido ter cometido o crime, por isso mesmo passível de prisão preventiva, caso presente um motivo processual penal de natureza cautelar. Os fatos, diga-se de passagem, a vista do que dispõe o art. 124º, do CPP.

Segundo Figueiredo Dias, há “uma margem inescapável de discricionariedade” na apreciação fática e jurídica da infração analisada pelo Ministério Público<sup>634</sup>. É claro que existe uma *diferença entre a percepção dos fortes indícios* de quem requer uma prisão preventiva, daqueles de quem tem a competência para determiná-la.

Por isso, sustentamos que o juiz não tem a mesma discricionariedade de que possui o Ministério Público. O acusador pode discricionariamente não requerer, mas o juiz, depois

---

<sup>632</sup> Nesse sentido, Maria João Antunes: “Deve notar-se que só uma intervenção do juiz de instrução no inquérito como juiz das liberdades e não como juiz da investigação garante o respeito pelo modelo constitucional de repartição de funções entre magistraturas distintas (artigos 32º, n.ºs 4 e 5, e 219º da CRP), do mesmo passo que garante a possibilidade de comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter a causa a julgamento (artigo 286º, n.º 1, do CPP). Garante o controlo desta decisão por parte do juiz de instrução sem pré-juízos” (*Direito Processual Penal*, p. 82).

<sup>633</sup> Cf. MAIA COSTA, Eduardo; *Código de Processo Penal Comentado*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1023.

<sup>634</sup> *Direito Processual Penal*, 132.

de instado, tem o poder-dever de decretar ou não decretá-la, considerando os princípios e as condições de aplicação que regem o instituto.

Figueiredo Dias, demais disso, leciona que a própria dedução de uma acusação revela um densa gravidade contra a reputação do acusado<sup>635</sup>. Não sem razão, Malcolm Feeley vê o processo penal como uma punição<sup>636</sup>. Por conta disso, o Ministério Público, em relação aos fortes indícios, deve considerar “altamente provável a futura condenação do acusado ou quando esta seja mais provável do que a absolvição”<sup>637</sup>.

Pode-se apontar alguma diferença substantiva entre os indícios suficientes exigidos para se deduzir uma acusação e os fortes indícios exigidos para se decretar uma prisão preventiva?

Gomes Canotilho e Vital Moreira anotam, a partir do que está posto no art. 32º, n.º 3, b), da CRP, que “a prisão preventiva só é admitida quando haja provas sérias de prática dolosa de crime grave”<sup>638</sup>. Essa provas sérias (fortes indícios), pode ser, na esteira de Castanheira Neves, “a mesma exigência de ‘verdade’ requerida pelo julgamento final”<sup>639</sup>, cuja diferença reside tão-somente na quantidade de elementos probatórios que o juiz disporá quando da sentença.

No caso da prisão preventiva, o despacho do juiz deve conter a indicação de fatos e motivos que possam conduzir à conclusão da existência de fortes indícios da prática de crime doloso. Naturalmente, porque o art. 202º, n.º 1, a), do CPP reclama a presença desse pressuposto<sup>640</sup>. No Acórdão n.º 104/2019, o TC reiterou que a prisão preventiva limita-se aos casos em que haja fortes indícios em desfavor do arguido.

Esses indícios significam para Maria João Antunes a “possibilidade razoável de ser deduzida a acusação, sendo mais provável do que o arquivamento do inquérito; de que,

---

<sup>635</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>636</sup> *The Process is The Punishment. Handling Cases in a Lower Criminal Court.* New York: Russel Sage Foundation, 1979, p. 276-277.

<sup>637</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge; *Direito Processual Penal*, p. 133.

<sup>638</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 481.

<sup>639</sup> *Apud* Figueiredo Dias (*Direito Processual Penal*, p. 133).

<sup>640</sup> Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de; *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 586; cf. CARVALHO, Paula Marques; *As medidas de coacção e de garantia patrimonial – Uma análise prática*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 12.

em face dos indícios existentes, há uma possibilidade razoável de ser proferido um despacho de pronúncia, sendo este mais provável do que a decisão de não pronúncia”<sup>641</sup>.

Portanto, fortes indícios se baseiam em fatos que conduzam, minimmente, a um juízo provável de pronúncia.

Registe-se, porém, que no Acórdão n.º 607/2003 (Casa Pia de Lisboa), o TC julgou inconstitucional a indicação dos “diários” do arguido, como indícios à decretação da prisão preventiva dele, por considerar que foram obtidos ao arrepio da garantia constitucional da vida privada do indivíduo, ainda que suficientemente graves os indícios consoante indicou o despacho sindicado do Juiz do 1º Juízo de Instrução do Tribunal de Relação de Lisboa<sup>642</sup>.

---

<sup>641</sup> *Idem*, p. 148.

<sup>642</sup> Segundo o despacho do Juiz de instrução, «Os indícios são efectivamente fortes, pois que se repetidos em sede de julgamento, devidamente sujeitos ao contraditório, redundarão numa pena de prisão efectiva e tal resulta desde logo das regras de concurso constantes do artigo 77º do Código Penal, pois que dificilmente o arguido seria condenado numa pena de três anos suspensa na sua execução. É que não tendo o arguido ainda sido condenado certo é que apresenta um historial de relações sexuais com menores de idade inferior a 16 anos. Os factos estarão é certo prescritos não sendo passíveis de perseguição criminal per si, mas são obviamente relevantes para efeitos do disposto no art. 72.º do Código Penal. Tais factos - os ocorridos antes de 1998 - inculcam a ideia de que o arguido tem uma inclinação sexual para manter o tipo de relações sexuais que a lei pune, ou seja, as relações sexuais com menores de idade inferior a 16 anos. Não sendo o signatário médico não pode afirmar que estamos perante um comportamento compulsivo já que tal afirmação pode ser entendida como sendo um juízo pericial embora estejamos certos que não foi essa a intenção do Ministério Público. O que, como Juiz não escapa ao signatário, é a conduta reiterada, sistemática e persistente do arguido. Ora, se o arguido sempre actuou nas suas relações sexuais da forma descrita, mantendo-as em situação que a lei pune, as regras da experiência permitem a afirmação que as continuará a manter da mesma forma. E é este juízo de prognose que o Ministério Público fez, e bem. E fê-lo em concreto já que o arguido, não obstante referir que em 1982 se viu com ou sem razão envolvido em processo de jaez idêntica à do presente, não deixou de assumir exactamente o mesmo tipo de condutas que agora lhe é imputado. Em concreto e face à personalidade demonstrada pelo arguido existe um forte perigo de continuação da actividade criminosa. É esta continuação de actividade criminosa que em si é geradora de um alarme social e de uma intranquilidade pública. Para que estes perigos se verifiquem não é necessária uma revolta popular ou um motim. Basta tão só que se verifique num dado momento histórico, num determinado contexto e numa dada localização geográfica um sentimento de insegurança, de repulsa e de incompreensão para com uma determinada conduta concreta. Este processo com os contornos que assume é bem a demonstração de tal sentimento de insegurança e repulsa e se a comunicação social tem um efeito por vezes perverso não se poderá deixar de considerar que ela é o espelho de uma sociedade. Como bem referiu a defesa, os tempos que correm não são os tempos de antigamente. O que se escreve e o que se diz - por muito disparatado que seja - não está sujeito a um controlo estatal. Assim, é facto público e notório, que não carece de alegação ou demonstração, o sentimento generalizado de que condutas como aquelas que são imputadas ao arguido não são admissíveis para a generalidade das pessoas e não menos certo é que a generalidade das pessoas, neste momento histórico, julgará incompreensível a conduta indiciariamente levada a cabo pelo arguido.

-No que respeita ao perigo de perturbação do inquérito teremos de convir que os autos não fornecem elementos para que nesta fase se possa afirmar o mesmo. O arguido é pessoa com imensos contactos, provavelmente terá algum poder económico mas tal só não basta para que se possa afirmar a existência do perigo. Face a todo o exposto é entendimento deste Tribunal que só a prisão preventiva do arguido é

Essa posição do TC merece reparo, porque no caso concreto não houve qualquer ilegalidade na busca realizada, por meio da qual os diários foram apreendidos; depois, porque a vida privada não ostenta poder absoluto, pois do contrário, mais crimes poderiam ser perpetrados sob a garantia dessa mesma intimidade.

Então, o primeiro pressuposto material da prisão preventiva diz respeito à prática do crime. Impõe-se a certeza de sua ocorrência, pois não bastam indícios de que o delito aconteceu, faz-se mister sua constatação. Decerto, o juiz deve estar seguro sobre esse pressuposto para, sob o ângulo do interesse comunitário, subtrair a liberdade de uma pessoa considerada inocente presumida. Além disso, há-de ser um crime grave, com uma previsível pena de reclusão<sup>643</sup>.

Jacobs, White e Ovey, quando comentam o art. 5º, n.º 1, c), da Convenção EDH, pontuam que desde muito, na esteira do case *Lawless v. Ireland* de 1961 da Corte de Estrasburgo, não se legitima a prisão de quem não cometeu um crime, nada obstante subsista quem sustente em sentido contrário, como medida necessária à proteção do direito à liberdade e à segurança, como no caso *Macken*. Porém, observam que essa posição da Corte EDH se consolidou com o caso *Ostendorf v. Germany* de 2013<sup>644</sup>.

Como dito, deve-se ao caso *Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom*, o entendimento da Corte de Estrasburgo sobre a compreensão da expressão *reasonable suspicion* presente no art. 5º, n.º 1, c), da Convenção EDH.

Nesse caso, a Corte decidiu que a suspeita não poderia se basear em um dado subjetivo (*subjective one*), razão pela qual *The Northern Ireland Act 1978* violava o art. 5º, n.º 1, c), da Convenção EDH. Portanto, uma suspeita razoável supõe, pelo menos, alguns fatos ou informações capazes de satisfazer a Corte sobre o crime cometido<sup>645</sup>.

---

adequada, proporcional e suficiente para fazer face às necessidades cautelares do processo, pelo que a determinamos ao abrigo do disposto nos arts. 191º, 193º, 202º, n.º 1, al. a), e 204º, al. c), todos do CPP . Passe mandados de condução à cadeia e cumpra o disposto no artigo 194º, n.º 3, do CPP. Nos termos do artigo 178º do Código do Processo Penal, por ser susceptível de servir a prova, determino a apreensão de todos os telemóveis que se encontrarem na posse do arguido, passando revista se necessário. Da apreensão e revista lavar-se-á auto.» (Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt). Acesso em: 10.08.2019).

<sup>643</sup> MEYER-GOßNER, Lutz; CIERNIAK, Jürgen; *Strafprozessordnung*. 53., Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010, p. 513.

<sup>644</sup> RAINEY, Bernadette; WICKS, Elizabeth; OVEY, Clare; *The European Convention on Human Rights*. 7<sup>th</sup> edition. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 245.

<sup>645</sup> Stefan Trechsel, comenta nesse sentido que: “This changed with the case of Fox, Campbell and Hartley. The applicants were arrested under section 11 (1) of the Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1978 according to which ‘any constable may arrest without warrant any person under national law was

Segundo Kai Ambos, “reasonable suspicion exists when there are sufficient facts that, following an objective ex ante evaluation, lead to the conclusion that the person in question carried out the criminal offence pursuant to the applicable domestic law”<sup>646</sup>.

Quando a prisão preventiva era obrigatória, a despeito de qualquer propósito cautelar processual, uma das razões que a ensejavam consistia na detenção do suspeito em flagrante delito.

No liminar do século XIX, Francisco Fernandes sustentava que “o estado de detenção preventiva, durante a instrução do processo, deve ser obrigatório em todos os crimes puníveis com penas privativas de liberdade pessoal, sempre que os réus sejam surpreendidos em flagrante delito, ou hajam confessado o crime e a sua confissão tenha sido corroborada por seguros elementos de prova, ou sejam reincidentes”<sup>647</sup>.

Porém, hoje sabemos que a prisão preventiva é uma faculdade do magistrado à vista dos seus pressupostos materiais<sup>648</sup>.

Vincenzo Garofoli propõe a necessidade de valoração dos elementos probatórios (*elementi probatori*) obtidos até então para *accertare che vi siano i gravi indizi di colpevolezza richiesti dal codice di rito*<sup>649</sup>. Ou seja, se existem graves indícios de culpabilidade, conforme exige a legislação processual penal italiana.

Na hipótese do flagrante, essa aferição se realiza de modo mais consistente, porque a detenção do suspeito no momento em que cometeu o delito reduz em muito a possibilidade de um equívoco na decretação de sua prisão preventiva. Isso, contudo, não se evidencia quando, malgrado os vestígios deixados pelo crime, não se consegue com absoluta segurança identificar os autores.

---

that the suspicion which needed only to be ‘honestly held’ was a ‘subjective one’. Commission and Court found that Article 5 §1 was violated because the exception under paragraph 1 (c) required ‘reasonable’, not only bona fide, suspicion. Therefore, the Government would have had ‘to furnish at least some facts or information capable of satisfying the Court that the arrested person was reasonably suspected of having committed the alleged offence’ (*Human rights in Criminal proceedings*, p. 424).

<sup>646</sup> *European Criminal Law*, p. 106.

<sup>647</sup> *Apud* Basileu Garcia, ob. cit., p. 157.

<sup>648</sup> Cf. CARVALHO, Paula Marques; *As Medidas de Coacção e de Garantia Patrimonial – Uma Análise Prática*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 69.

<sup>649</sup> *Diritto processual penale. Seconda edizione*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 260.

Por exemplo, na criminalidade internacional, em que pessoas jurídicas conhecidas como *offshores* são usadas para movimentações bancárias visando ao branqueamento de capitais, não é simples a tarefa de identificar os autores do crime<sup>650</sup>.

É que boa parte dessas pessoas jurídicas são sociedades empresariais, cujos sócios estão consignados nos respectivos estatutos sociais, de modo que a identificação dos integrantes exige um tempo de investigação e muitas vezes de cooperação internacional para se ter acesso a uma documentação que possa revelar quais os possíveis responsáveis.

Jacobo Quiroga reconhece que toda prisão preventiva supõe a observância ao princípio da legalidade e da proporcionalidade, por onde se infere que a prisão preventiva somente terá lugar naquelas situações graves e estritamente previstas<sup>651</sup>.

Nieva Fenoll, nesse aspeto, sustenta que o delito deve ser grave, pois somente um crime grave que supõe a segregação do imputado pode racionalmente admitir uma medida cautelar encarceradora<sup>652</sup>. Daí porque, há que subsistir uma certeza concernente à prática e autoria do crime, sem os quais a prisão preventiva carecerá desse pressuposto inicial que consiste na certeza do cometimento do crime.

Para não contender com o princípio da presunção de inocência e com o vetor da dignidade humana, cremos que essa certeza supõe fortes indícios relacionados à ocorrência do crime e à identificação dos autores.

Haverá, porém, diferença entre a convicção necessária para condenar um acusado e aquela necessária à imposição da prisão preventiva? Pelo menos duas, merecem consideração.

De início, uma diz respeito ao próprio processo com seus incidentes relacionados à produção de provas e o exercício do direito de defesa. Numa palavra, uma condenação supõe invariavelmente um percurso processual penal. Esse percurso processual, por sua vez, não é pressuposto à decretação da prisão preventiva, na medida em que o magistrado

---

<sup>650</sup> Cf. MÜNCHHALFFEN, Gaby; *Tendenzen in der neueren Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Untersuchungshaft in Wirtschaftsstrafverfahren*, p. 347-359.

<sup>651</sup> *Tratado de Derecho Procesal Penal*, p. 1019.

<sup>652</sup> Cf. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, p. 184. Segundo Fenoll, “Lógicamente, si la pena a imponer por ese delito menos grave no fuera de privación de libertad, no procedería la prisión provisional, puesto que tendría mayor gravedad la medida cautelar que la pena que puede contener la sentencia que en su día se dicte, y cuya efectividad trata de preservar la medida cautelar” (idem, p. 185).

poderá determiná-la liminarmente, convencido dos pressupostos materiais a pedido do órgão que promove a persecução criminal.

Uma segunda diferença concerne à certeza declarada em sentença que se reveste da coisa julgada ou força jurídica (*Rechtskraft*). Essa, por outro lado, revela-se de difícil reversão, pois depende de um recurso para ser reformada, ao passo que a prisão preventiva, dado o princípio da precariedade, pode ser revista a qualquer momento, por conta inclusive do princípio da presunção de inocência.

O art. 503.1.2º, da LECrim da Espanha, reza que a prisão preventiva somente terá lugar quando o fato ou diversos fatos mostrarem características que possam se subsumir a crime com pena igual ou superior a dois anos, ou mesmo sendo inferior, tiver uma condenação pretérita não cancelada. E ainda, como base no mesmo dispositivo, que subsistam motivos suficientes para crer que o imputado é criminalmente responsável pelo crime<sup>653</sup>.

Segundo Teresa Armenta Deu, os pressupostos da prisão preventiva reclamam uma perspectiva objetiva, uma subjetiva e outra teleológica. O subjetivo tem haver com as *causas bastantes* que levam a crer pela responsabilidade criminal da pessoa indicada no auto de prisão, na forma do art. 503.1.2º, da LECrim<sup>654</sup>.

Para Vicente Gimeno Sendra, há uma diferença entre motivos bastantes de responsabilidade criminal e indícios razoáveis que motivam um processo criminal, pois no caso daquele contido no art. 503.1.2º que permite uma prisão preventiva, incorpora-se um *plus* de culpabilidade à autoria, sempre considerando a proibição de impô-la nas hipóteses de exclusão de responsabilidade criminal<sup>655</sup>.

---

<sup>653</sup>Artículo 503. 1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurran los siguientes requisitos: 1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso. Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.a del capítulo II del título III del libro I del Código Penal. 2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

<sup>654</sup> *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Octava edición. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 221.

<sup>655</sup> *Derecho Procesal Penal*, p. 684.f



Víctor Moreno Catena, por sua vez, divisa os motivos bastantes de que trata o art. 503.1.2º, do Lei Processual espanhola, quando se pode crer na ocorrência do fato e na participação do arguido<sup>656</sup>.

No caso da Espanha, como no Brasil, há um espaço demasiado de subjetivismo para considerar se ocorreu ou não um crime e quem seria o responsável, pois a expressão “causa bastantes” deveria ser mais restrita, como a presença de indícios ou elementos que revelem o delito e seu responsável.

Rosa Cortina sugere que na interpretação desse requisito, deve-se partir da gravidade das consequências contra o arguido com seu ingresso no prisão, sobre tudo porque ainda presumido inocente. Por essa razão, impõe-se a valoração de atribuição de culpa mais rigorosa<sup>657</sup>. É que os efeitos do auto de prisão são muito mais severos que o próprio processamento do arguido, por isso mesmo “toma cuerpo la necesidad de exigir indicios sólidos, mayores incluso que los del procesamiento”<sup>658</sup>.

O art. 273, do CPP italiano<sup>659</sup>, por exemplo, condiciona as medidas cautelares, entre as quais a prisão preventiva (*custodia cautelare in carcere*), à existência de graves indícios de culpabilidade (*gravi indizi di colpevolezza*)<sup>660</sup>. Para Paolo Tonini, a palavra indício deve ser compreendida em sentido amplo, ou seja, não precisa ser interpretada com o significado técnico de prova crítica. Com isso, ela pode ser imposta com base em uma prova indiciária em sentido estrito<sup>661</sup>.

---

<sup>656</sup> *Derecho Procesal Penal*, p. 290.

<sup>657</sup> Para Rosa Cortina, “no son suficientes desde luego las meras conjeturas o sospechas. Cabe en todo caso concluir con que el juicio de imputación presupuesto de la prisión provisional debe partir de un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del imputado en hecho delictivo. En consecuencia, y haciendo abstracción de las diferencias que puedan existir en cuanto a las circunstancias personales, es perfectamente ortodoxo que respecto de unos imputados o procesados se acuerde la prisión provisional y respecto de otros la libertad provisional sin fianza. La presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un sólido fundamento, de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse (SSTC n.º 128/1995, 77/1998).

<sup>658</sup> *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, p. 83.

<sup>659</sup> Art. 273. *Condizioni generali di applicabilità delle misure. 1. Nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza. 1-bis. Nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1. (1) 2. Nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità o se sussiste una causa di estinzione del reato ovvero una causa di estinzione della pena che si ritiene possa essere irrogata.*

<sup>660</sup> Sobre cf. APRILE, Ercole; D’ARCANGELO, Fabrizio; *Le misure cautelari nel processo penale*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 93.

<sup>661</sup> *Manuale di Procedura Penale. Diciottesima edizione*. Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 442.

Vittorio Grevi, como visto, sustenta que o termo usado pelo art. 273, na verdade, indica maior consistência da plataforma indiziária, substituindo a pretérita redação do Código que mencionava indícios suficientes<sup>662</sup>.

No processo penal alemão, requer-se suspeitas fortes para ordenar uma prisão preventiva, nos termos do §112 I StPO (*dringenden Tatverdacht*)<sup>663</sup>. Segundo Werner Beulke, há forte suspeita quando uma investigação indica elevada probabilidade (*hohe Wahrscheinlichkeit*) da pessoa ter cometido ou participado da execução do crime<sup>664</sup>.

Paeffgen, por sua vez, explica que essa forte suspeita implica uma subdivisão, primeiro uma análise retrospectiva (participou do crime) e depois uma análise prognóstica (probabilidade de condenação)<sup>665</sup>.

Claus Roxin, sob a perspectiva de uma medida coercitiva (*Zwangmaßnahmen*), coloca que a imposição de uma prisão preventiva (*Untersuchungshaft*) reclama um alto grau de probabilidade do suspeito ter cometido o crime pelo qual está sendo responsabilizado

666

---

<sup>662</sup> Segundo o escólio de Vittorio Grevi, “A proposito del primo profilo, l’art. 273 comma 1° individua quali «condizioni generali» di applicabilità delle misure in questione la sussistenza a carico del destinatário di «gravi indizi di colpevolezza», con l’evidente proposito di accentuare (rispetto alla formula tradizionale del codice previgente, dove ci si accontentava di «sufficienti indizi») la consistenza della piattaforma indiziaria indispensabile per l’adozione di qualunque misura cautelare personale” (*Compendio di Procedura Penale*, p. 364).

<sup>663</sup> § 112 *Voraussetzungen der Untersuchungshaft; Haftgründe. (1) Die Untersuchungshaft darf gegen den Beschuldigten angeordnet werden, wenn er der Tat dringend verdächtig ist und ein Haftgrund besteht. Sie darf nicht angeordnet werden, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht. (2) Ein Haftgrund besteht, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen. 1. festgestellt wird, daß der Beschuldigte flüchtig ist oder sich verborgen hält, 2. bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles die Gefahr besteht, daß der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde (Fluchtgefahr), oder 3. das Verhalten des Beschuldigten den dringenden Verdacht begründet, er werde a) Beweismittel vernichten, verändern, beiseite schaffen, unterdrücken oder fälschen oder b) auf Mitbeschuldigte, Zeugen oder Sachverständige in unlauterer Weise einwirken oder c) andere zu solchem Verhalten veranlassen, und wenn deshalb die Gefahr droht, daß die Ermittlung der Wahrheit erschwert werde (Verdunkelungsgefahr).*

<sup>664</sup> BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*, p. 127; cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian; VERREL, Torsten; *Strafprozessrecht*, p. 100; cf. JESCHECK, Hans Heinrich; KRÜMPELMAN, Justus; *Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht*, p. 940; KÜHNE, Hans-Heiner; *Strafprozessrecht*, p. 222

<sup>665</sup> Segundo Paeffgen, “Dringender Tatverdacht liegt vor, wenn nach dem derzeitigen Ermittlungsergebnis eine große Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Beschuldigte an einer Straftat rechtswidrig und schuldhaft handelnd beteiligt war und deshalb verurteilt werden wird (allg. Meinung). Dabei untergliedert sich dieses Urteil »Tatverdacht« in einen retrospektiven und einen prognostischen Teil: Verdacht der Tatbeteiligung einerseits und Verurteilungs-Wahrscheinlichkeit andererseits (*SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK*, p. 810).

<sup>666</sup> ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*. 28., Auflage. München: C. H. Beck, 2014, p. 239.

Portanto, para haver uma compatibilidade com o princípio da presunção de inocência, a prisão preventiva só poderá ser imposta caso presente fortes indícios da ocorrência do crime, com dois juízos distintos. O primeiro, no sentido de que subsista suspeita severa e consistente contra o arguido, somada a outra que possa prevêê, para o futuro, um elevada probabilidade dele ser pronunciado.

Além disso, há-de subsistir indícios suficientes a demonstrar as exigências cautelares. Não bastam presunções dissociadas dos fatos. Requer-se dados concretos capazes de indicar, que o arguido deseja fugir, pretenda inquirar as provas ou continue praticando crimes.

Para Silva Dias, os requisitos do art. 204º, do CPP, que dizem respeito à prisão preventiva, “devem apoiar-se em factos suficientemente indiciados para que possam fundar uma perigosidade grave e concreta de fuga, de perturbação do processo ou de continuação da actividade criminosa”<sup>667</sup>.

Fundamentalmente, tais exigências processuais de natureza cautelar devem se pautar em indícios graves, precisos e concordantes, sem os quais a medida tornar-se-á incompatível com o princípio da presunção de inocência.

*b) Presença das exigências processuais de natureza cautelar (risco de fuga, risco de inquiração às provas e risco de reiteração)*

Logo depois de constatar, a partir dos fortes indícios, a ocorrência do crime, bem como quem são os prováveis responsáveis, cabe examinar se subsiste alguma exigência cautelar ou motivação processual que torne necessária a prisão preventiva.

Essas exigências cautelares, à guisa de uma teoria geral da prisão preventiva, dado o marco regulatório das convenções internacionais e das bases juridico-constitucionais, podem ser sintetizadas nas seguintes hipóteses: a) *conter a fuga ou perigo de fuga*<sup>668</sup>; b) *preservar os meios de provas*; c) *impedir a reiteração criminosa ou garantir a ordem e tranquilidade públicas*.

---

<sup>667</sup> A prisão preventiva após a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal: Foi superada a crise?, p. 1392.

<sup>668</sup> Cf. WOLF, Lara; *Die Fluchtprognose im Untersuchungshaftrecht. Eine empirische Untersuchung der Fluchtgefahr nach § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017.

Em matéria de medidas de coacção, Maria João Antunes destaca que a liberdade das pessoas só pode se limitada “em função de exigências processuais de natureza cautelar” (art. 191º, n.º 1).

Particularmente, dado o que prevê o art. 204º, do CPP português, por conta da: a) fuga ou perigo de fuga; b) perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo ou para aquisição, conservação ou veracidade da prova; c) perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou continuação da actividade criminosa, obviamente, a vista da natureza do crime, das circunstâncias ou personalidade do arguido<sup>669</sup>.

Para Teresa Armenta Deu, essas exigências equivalem aos pressupostos teleológicos da prisão preventiva<sup>670</sup>. Tanto para Paolo Tonini<sup>671</sup>, quanto para Vittorio Grevi<sup>672</sup> correspondem a uma *esigenze cautelari*.

Segundo Rosa Cortina, seriam fins legítimos: a) *riesgo de fuga*; b) *ataque a las fuentes de pruebas*; c) *evitación de atentados contra bienes jurídicos de la víctima*; d) *riesgo de reiteración delictiva*<sup>673</sup>.

No caso da Espanha, com a Lei n.º 13 de 2003, na esteira das decisões do Tribunal Constitucional, somente em determinadas circunstâncias seria possível a prisão preventiva, de modo que o art. 503.1.3º, da LECrim, considera lícita sua decretação para: a) impor a

---

<sup>669</sup> *O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção*, p. 1253. Maria João Antunes, porém, adverte que “a natureza processual das exigências cautelares, que justificam a aplicação de uma medida de coacção, não permite que, à luz da alínea c) do artigo 204º, seja afirmada a possibilidade de aplicação de uma qualquer medida de coacção sempre que nesse sentido apontar uma ideia de prevenção geral de intimidação ou de prevenção especial, sendo dado a estas expressões o conteúdo que encontramos em matéria de fins das penas. O único entendimento compatível com o princípio da presunção de inocência do arguido até ao trânsito em julgado da sentença é o que afirma o carácter processual da exigência contida na alínea c) do artigo 204º. Ou seja, o perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa, revela para a aplicação de uma medida de coacção somente quando ligado à finalidade processual de restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa com a prática do crime, finalidade que se evidenciará, de forma autónoma e particular, em razão da natureza e das circunstâncias concretas do crime ou da personalidade do arguido” (*idem*, p. 1253-1254).

<sup>670</sup> *Lecciones de Derecho procesal penal*, p. 2015.

<sup>671</sup> *Manuale di Procedura Penale*, p. 447.

<sup>672</sup> *Compendio di Procedura Penale*, p. 367.

<sup>673</sup> *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, p. 85-110.

presença do arguido quando subsistir o perigo de fuga; b) impedir que o arguido oculte, manipule ou destrua provas; c) impedir a reiteração criminosa<sup>674</sup>.

Na forma do CPP alemão (StPO), Beulke<sup>675</sup>, Roxin<sup>676</sup>, Schünemann e Kühne<sup>677</sup> reconhecem como motivos da prisão preventiva (*Haftgründe*): a) a fuga ou perigo de fuga (*Flucht oder Fluchtgefahr*, § 112 (2) n.º 1, 2); b) o perigo de obscurecimento das provas (*Verdunkelungsgefahr*, § 112 (2) n.º 3); c) a suspeita de crimes graves (*Verdacht eines Kapitaldelikts*, § 112 (3))<sup>678</sup> e o perigo de reiteração (*Wiederholungsgefahr*, § 112a).

No caso alemão, o motivo relacionado à grave criminalidade merece uma ressalva. É que a prisão preventiva poderia ser decretada em razão da forte suspeita da prática de crimes graves específicos como homicídio voluntário ou práticas terroristas (§ 112 (3), StPO), ainda que não seja em razão do risco de fuga ou da inquinação de provas (*Tatschwere*)<sup>679</sup>.

Então, nesses casos considerados de grave criminalidade (*Schwerkriminalität*), não subsiste um motivo processual (*Haftgrund*), uma vez que decorria tão-somente da natureza do crime<sup>680</sup>. No entanto, o Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 19, 350) resolveu interpretar esse dispositivo conforme à Constituição, de maneira que se deve considerar o motivo de perigo de fuga ou de inquinação das provas contido no §112 (2), StPO, para fins de aplicação da prisão preventiva com base no § 112 (3) (*Tatschwere*)<sup>681</sup>.

---

<sup>674</sup> Cf. CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín; *Derecho Procesal Penal*. 6ª edición. Valencia: tirant lo blanch, 2012, p. 293; TOMÉ GARCÍA, José Antonio; *Curso de Derecho Procesal Penal*, p. 294-295.

<sup>675</sup> *Strafprozessrecht*, p. 127.; cf. MEYER-GOßNER, Lutz; SCHMITT, Bertram; *Strafprozessordnung*, p. 554; cf. LAUE, Christian; *Gesamtes Strafrecht*; Dölling, Duttge e Rössner, Hrsg. 3., Auflage. Baden-baden: Nomos, 2013, p. 2291-2300.

<sup>676</sup> *Strafverfahrensrecht*, p. 244-245.

<sup>677</sup> *Strafprozessrecht*, p. 248-250.

<sup>678</sup> Registe-se, desde logo, que o TC decidiu que essa hipóte, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, faz-se necessário relacionar com o perigo de fuga, inquinação das provas ou receio de reiteração criminosa. Segundo Gerd Pfeiffer, “Um einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vermeiden, legt das BverfG Abs. 3 verfassungskonform dahin aus, dass Erlass eines Haftbefehls nur zulässig ist, wenn Umstände vorliegen, die die Gefahr begründen, dass ohne Festnahme des Beschuldigten die alsbaldige Aufklärung und Ahndung der Tat gefährdet sein könnte. Ausreichend kann schon sein die „zwar nicht mit bestimmten Tatsachen belegbare, doch nach den Umständen des Falles auch nicht auszuschließende Flucht – oder Verdunkelungsgefahr” oder die ernstliche Befürchtung, dass der Täter weitere Taten ähnlicher Art begehen werde (BverfGE 19, 350 = NJW 1966, 244)” (*StPO. Strafprozessordnung Kommentar*, p. 276).

<sup>679</sup> HARTMANN, Arthur; SCHMIDT, Rolf; *Strafprozessrecht. Grundzüge des Strafverfahrens*. 4. Auflage. Bremen: Grasberg, 2012, p. 223.

<sup>680</sup> Cf. GRAF, Jürgen-Peter; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, p. 647.

<sup>681</sup> Cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian; *Strafprozessrecht*, p. 100. Segundo Roxin e Schünemann, “Der Haftgrund der ‘Schwere der Tat’ war ursprünglich auf die Verbrechen des Mordes, Totschlags,

Schlothauer, nesse sentido, registra que, não obstante essas restrições, segue-se na prática uma prisão automática baseada no §112 (3), malgrado inexistir perigo de fuga ou de inquinação das provas<sup>682</sup>.

Percebe-se, por conseguinte, que há uma tendência em reconhecer como exigências cautelares os propósitos de conter o perigo de fuga, o perigo de inquinação das provas e o perigo de reiteração criminosa, naturalmente mais compatíveis com o que prevê o art. 5, n.º 1, c), da Convenção EDH, bem como na esteira dos precedentes da Corte de Estrasburgo<sup>683</sup>.

No caso português, por conta dos artigos 27.º e 28.º, da CFR, somados ao que impõe o art. 191, n.º 1, do CPP, serão exigências cautelares legitimadoras da prisão preventiva aquelas expressas no art. 204º, do CPP<sup>684</sup>.

Há uma outra questão que diz respeito aos indivíduos que possuem, segundo o art. 27º, n.º 3, h), da CRP, “anomalia psíquica”. Para esses casos, reserva-se uma internação terapêutica adequada.

É que nesses casos, normalmente uma medida de internação cautelar precede uma perícia sobre o estado psíquico do arguido. Em tese, não estaria enquadrada em nenhuma exigência processual de natureza cautelar, pois na superveniência de uma declaração de inimputabilidade, ter-se-ia o pressuposto para a imposição de uma medida de segurança.

## 2. O princípio da reserva de juiz

---

Völkermordes und vorsätzlichen, lebens-bzw. Leibesgefährdenden Sprengstoffdeliktes beschränkt; 1976 ist noch das Vergehen der Bildung, Unterstützung etc. einer terroristischen Vereinigung nach §129a StGB dazugekommen, 1994 die schwere Körperverletzung (§ 226 StGB) und die schwere Brandstiftung (§§306a,b StGB). §112 III wäre rechtsstaatswidrig, wenn man ihn dahin auslegte, dass bei dringendem Verdacht eines der genannten Verbrechen die U-Haft ohne Prüfung weiterer Voraussetzungen verhängt werden dürfe (BVerfGE 19, 342, 350); den die U-Haft könnte dann angeordnet werden, ohne dass sie zur Sicherung des Erkenntnis oder Vollstreckungsverfahrens erforderlich wäre. (Ungenannter) Haftgrund wäre bei dieser Auslegung wieder wie im Dritten Reich die Erregung der Bevölkerung. Das BVerfG (a.a.O.) hat deshalb §112 III in folgender Weise verfassungskonform auszulegen versucht: Bei dringendem Verdacht der schweren Straftaten des Abs. 3 könne U-Haft nur verhängt werden, wenn die Haftgründe der Flucht- oder Verdunkelungsgefahr bestünden” (*Strafverfahrensrecht*, p. 245).

<sup>682</sup> *Untersuchungshaft mit Erläuterungen zu den UVollzG der Länder*, p. 315-316.

<sup>683</sup> Cf. JACOBS; WHITE, Robin; OVEY, Clare; *The European Convention on Human Rights*, p. 217.

<sup>684</sup> Cf. ANTUNES, Maria João; *O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação*, p. 1252; cf. ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de; *Comentário do Código de Processo Penal*, p. 599.

O princípio da reserva do juiz ocupa posição de destaque no enquadramento jurídico-constitucional da prisão preventiva<sup>685</sup>. Decerto, o Estado de direito democrático deve preservar e proteger a liberdade do indivíduo, de modo que sua restrição só será possível dentro do que permite o quadro normativo.

Esse quadrante reserva à decisão judicial o poder de impor uma pena ou medida de segurança (art. 27º, n.º 2, da CRP)<sup>686</sup>.

A prisão preventiva, de igual sorte, sujeita-se a mesma reserva. O próprio CPP, aliás, somente autoriza o Ministério Público a impor medidas de coação que não signifiquem restrição à liberdade ou ao patrimônio, por exemplo, o “Termo de identidade e residência” (art. 196º), exatamente porque não são da competência estrita do juiz<sup>687</sup>.

O processo penal deve efetivar as garantias constitucionais do indivíduo sujeito à persecução penal movida pelo Estado. Com isso, compete ao juiz ou Tribunal, por imperativo constitucional, velar pela observância dos preceitos e garantias constitucionais do cidadão<sup>688</sup>.

Essa reserva, indicada no art. 32º, n.º 4, bem como no art. 28º, n.º 1, da CRP, determina que qualquer pessoa detida deve ser conduzida à presença do juiz que decidirá sobre sua liberdade ou medida coação<sup>689</sup>. Por isso mesmo, deve ser vista como princípio das medidas cautelares, no sentido de que somente uma autoridade judiciária detém o poder de restringir a liberdade de alguém<sup>690</sup>. Portanto, concentra-se no órgão jurisdicional a titularidade exclusiva dos poderes do Estado em matéria de subtração duradoura da liberdade pessoal<sup>691</sup>.

---

<sup>685</sup> Cf. SENDRA, Vicente Gimeno; *Derecho Procesal Penal*, p. 609.

<sup>686</sup> Art. 27º, n.º 2º. 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.

<sup>687</sup> Cf. MAIA COSTA, Eduardo; *Código de Processo Penal Comentado*, p. 807.

<sup>688</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. Roma-Bari: Editori Laterza, 1990, p. 587.

<sup>689</sup> Cf. CASTRO E SOUZA, João; *Os meios de coacção no novo Código de Processo Penal*, p. 152, “(...) A prisão preventiva é uma providência cautelar e são tão só as finalidades cautelares que visa que a podem justificar. O novo Código confiou exclusivamente à prudência do juiz a missão de decidir sobre a necessidade da prisão, indicando-lhe co precisão, no art. 204.º, os motivos em que se deve basear: a) fuga ou perigo de fuga; b) perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) perigo, em razão da natureza e circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, da perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa (...)” (*idem, ibidem*).

<sup>690</sup> TONINI, Paolo; *Manuale di Procedura Penale*, p. 428.

<sup>691</sup> GREVI, Vittorio; *Compendio di Procedura Penale*, p. 362-363.

Porém, registre-se que não se trata de qualquer magistrado. Será aquele legalmente competente para, naquela fase do processo, decretar a medida de coação, sem que subsista doravante qualquer prejuízo à imparcialidade do julgamento, razão pela qual há uma preocupação, no sentido de que aquele juiz que impõe a prisão preventiva não seja o mesmo competente para sentenciar, de modo a preservar sua neutralidade<sup>692</sup>.

Esse, dessarte, seria o sentido do art. 40, do CPP, pois ele impede que o magistrado responsável pela prisão preventiva participe da fase de julgamento. Resumidamente, cuida-se de requisito necessário à *imparcialidade objetiva*<sup>693</sup>. Ou seja, não basta ser, impõe-se parecer que é imparcial.

O TC português, no Acórdão n.º 391/2015, renovou essa reserva quando questionado sobre a singela remissão às razões do Ministério Público para motivar uma prisão preventiva. Decidiu que “a existência de uma reserva do juiz na prática de atos durante a fase investigatória que afetem os direitos, liberdades e garantias é indiscutível”.

Se, de facto, não é questionável, mostra-se necessário verificar, para além de uma questão de competência, o respeito à imparcialidade. Como destacou o TC, “só uma decisão que resulte de uma ponderação própria dá conteúdo material efetivo à reserva do juiz”. Então, não basta um critério de competência, requer-se uma verdadeira independência e imparcialidade na decisão.

Contudo, malgrado o Tribunal reconheça o princípio da reserva de juiz, por força do art. 32.º, n.º 4, da CRP, declarou “não julgar inconstitucional a norma constante do artigo 97º, n.º 5, do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual a fundamentação da decisão que decreta a medida de prisão preventiva, pode ser feita por remissão para a promoção do Ministério Público”. Essa interpretação dada pelo TC no Acórdão n.º 391/2015, parece-nos equivocada, pois não há um juízo próprio, ainda que esse considere boas as razões do Ministério Público<sup>694</sup>. É parcial, pois ignora as razões da

---

<sup>692</sup> Cf. Acórdão n.º 129/2007 do Tribunal Constitucional de Portugal.

<sup>693</sup> Cf. HENRIQUES GASPARGAS, António da Silva; *Código de Processo Penal Comentado*, p. 117.

<sup>694</sup> É o que considerou o TC no Acórdão n.º 391/2015, “(...) Mas a circunstância da fundamentação da decisão que coloca um arguido em prisão preventiva, proferida por um juiz, remeter para anterior promoção do Ministério Público, não permite, só por si, retirar a conclusão que ela não traduz uma opção livre, autónoma e independente do seu subscritor, uma vez que o quadro em que é feita a remissão pode revelar que a decisão tomada não deixou de ser o resultado duma ponderação própria. A adoção de tal técnica na exposição dos motivos que fundamentam a escolha dessa medida de coação pode significar que o seu autor considerou boas as razões que o Ministério Público invocou para fundamentar a sua proposta de decisão, pelo



defesa. Essas, por sua vez, necessárias para caracterizar uma verdadeira imparcialidade, de vez que só será imparcial uma decisão que ponderar os motivos indicados pelo interessado e pelos que se opõe à medida de coação, nomeadamente os declinados pelo arguido.

Sem embargo, convém destacar que o Ministério Público, por integrar o Estado, possui uma proximidade inerente com o Tribunal, razão pela qual seu efetivo distanciamento será imprescindível à preservação da imparcialidade, sob pena de mitigar a reserva “substancial” de juiz.

O art. 104, n.º 2, da *Grundgesetz* alemã<sup>695</sup>, também determina que só o juiz pode admitir ou manter uma privação de liberdade pessoal (*Richter-Vorbehalt*). E mesmo na hipótese de detenção ou prisão sem essa ordem, deve-se imediatamente submetê-la à análise do juiz ou Tribunal. Ou seja, impõe-se, em todo caso, o controlo judicial (§115, StPO)<sup>696</sup>.

Werner Beulke, nesse sentido, subscreve que *Der Haftbehel dar grundsätzlich nur durch einen Richter erlassen werden* (art. 104 II 1“ GG)<sup>697</sup>. Ou seja, o mandado de prisão deve ser decretado pelo juiz. Segundo Chirstoph Degenhar, corresponde a um direito constitucional fundamental de proteção à liberdade pessoal estendido naturalmente a qualquer pessoa<sup>698</sup>. Por isso, o mandado de prisão (*Haftbefehl*) deve conter a assitura do juiz (§ 114 StPO), de modo que consitui um pressuposto formal da prisão preventiva<sup>699</sup>.

---

que as acolheu e fez suas, não tendo visto necessidade de recorrer a outras linhas de fundamentação ou de as expor em redação própria. Daí que, independentemente do juízo quanto à forma mais correta de dar cumprimento ao dever constitucional de fundamentação, não se possa concluir, em abstrato, que a opção de remeter para o conteúdo de anterior promoção do Ministério Público requerendo a aplicação da medida de prisão preventiva atente, sem mais, contra o princípio da reserva do juiz. Nessa medida, a interpretação segundo a qual a fundamentação dessa decisão pode ser feita para a promoção do Ministério Público não é, em si mesma, inconstitucional, como já anteriormente decidiram os Acórdãos n.ºs 189/99 e 396/2003”.

<sup>695</sup> Art. 104. (2) *Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nähere ist gesetzlich zu regeln.*

<sup>696</sup> Cf. MEINEN, Gero; *Handbuch zum Strafverfahren*, p. 371-372; cf. PFEIFFER, Gerd; *Strafprozessordnung Kommentar*, p. 285.

<sup>697</sup> *Strafprozessrecht*, p. 137.

<sup>698</sup> DEGENHART, Christoph; *Grundgesetz Komentar*. Herausgegeben von Dr. Michael Sachs. 7. Auflage. München: C. H. Beck, 2014, p. 2106.

<sup>699</sup> ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; ob. cit., p. 247; PAEFFGEN, Hans-Ullrich; *SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Mit GVG und EMRK*. Herausgeben von Jürgen Wolter. Band II. §§ 94-136 StPO. 5. Auflage. München: Carl Heymanns Verlag, 2016, p. 893.

No direito norteamericano, compete ao juiz decidir sobre a prisão no curso do processo. Lá, os juízes têm ampla discricionariedade sobre a liberdade do acusado. A bono da verdade, pode-se conceder a liberdade com o simples compromisso de comparecer à Corte, bem como não cometer mais crimes<sup>700</sup>.

Em toda e qualquer circunstância, a prisão preventiva deve ser decretada por um juiz?

No ponto, convém recordar que o art. 5º, n.º 3, da Convenção EDH autoriza que a prisão preventiva possa ser decreta por outro agente do Estado, desde que habilitada por lei a exercer funções judiciais (*judge or other officer*). Segundo Bleichrodt, «*it expressed tha ‘officer’ is not identical with ‘judge’, but ‘nevertheless’ must have some of the latter’s attributes*»<sup>701</sup>.

Para a Corte EDH, pode ser qualquer autoridade, desde que reúna certas características inerentes às funções judiciais, nomeadamente a independência e a imparcialidade. No caso *Schiesser v. Suíça*, a Corte decidiu nesse sentido<sup>702</sup>, ainda que seja de outra natureza como, por exemplo, um magistrado do Ministério Público.

Porém, registre-se que o mandado de segurança europeu regido pela Lei nº 65/2003, refere-se à decisão judiciária, de modo que, mesmo nas ordens de prisão preventiva estrangeiras dentro da UE, reserva-se ao juiz essa competência<sup>703</sup>. Pensamos que o correto, malgrado o teor do art. 5º, n.º 3, da Convenção EDH, consiste na prevalência do princípio da reserva do juiz em matéria de prisão preventiva<sup>704</sup>.

Diante disso, qualquer espécie de privação da liberdade estará sujeita ao controlo judicial. Nesse sentido, o art. 27º, n.º 3, c), da CRP pontua: “prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial”. Em relação à prisão preventiva, hipótese essa

---

<sup>700</sup> “The Court may release the supect based simply on a promise to show up for later court hearings (often called realising the defendant on his “own recognizance” or “OR”), plus the supects promise not to commit any crimes while on release” (ALLEN, Ronald Jay *et. ali*; *Comprehensive Criminal Procedure*, p. 939).

<sup>701</sup> *Theory and Practice of The European Convention on Human Rights*, p. 489.

<sup>702</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; *Comentário do Código de Processo Penal*, p. 558.

<sup>703</sup> Cf. Acórdão 750/13.1YRLSB.S1, Supremo Tribunal de Justiça.

<sup>704</sup> Para Maria João Antunes, no que tange ao estatuto de sujeito processual do juiz, “funda-se nos princípios jurídico-constitucionais do monopólio da função jurisdicional (reserva do juiz), da independência e do juiz natural ou legal (artigos 27º, n.º 2, 34º, n.º 2, 202º, n.ºs 1 e 2, 203º e 32º, n.º 9, da CRP e artigo 6º, n.º1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nos termos do qual qualquer pessoa tem o direito a que a sua causa seja examinada por um tribunal independente e imparcial)” (*Direito Processual Penal*, p. 30).

de privação excepcional da liberdade, ela depende portanto de decisão judicial, por força também do art. 28º, n.º 3 da CRP<sup>705</sup>.

Em Portugal, compete ao juiz de instrução<sup>706</sup> decretar a prisão preventiva. Segundo Canotilho, cuida-se do princípio da *judicialização da instrução*<sup>707</sup>. Esse postulado resulta do art. 32, n.º 4, da CRP, que reserva ao magistrado a prática de atos instrutórios que possam violar direitos fundamentais<sup>708</sup>.

Sem dúvida, o princípio da reserva do juiz é central na fase que precede o julgamento, principalmente porque exerce uma função autorizativa das medidas coercitivas necessárias à garantia do processo e de sua efetividade.

Essas medidas de coação, como a escuta telefônica (art. 187º), revistas e buscas (art. 174º), medidas de proteção de testemunhas (Decreto-Lei n.º 190/2003) ou a prisão preventiva (art. 202º), entre muitas outras, são essenciais à consecução, de um lado, dos objetivos do processo penal relacionados à realização da justiça (garantir a efetividade do processo penal), do outro lado, à proteção dos direitos individuais fundamentais (tutela da liberdade e privacidade).

Para Maria João Antunes, “tal justifica que estas funções sejam da competência do juiz de instrução (artigos 17º, 268º e 269º do CPP. E, ainda, por exemplo, artigo 215º, n.º 4 do mesmo Código), a quem a CRP reserva a prática de atos instrutórios que se prendam diretamente com os direitos fundamentais, de acordo com o artigo 32º, n.º 4”<sup>709</sup>.

Na esteira do poeta Horácio quando dizia *est modus in rebus*, caberá ao juiz de instrução, na concordância prática, não deixar que um interesse se sobreponha a outro,

---

<sup>705</sup> Esse dispositivo revela a dimensão processual da prisão preventiva. Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, por meio dessa regra constitucional, busca-se garantir que: “a) só o juiz possa decretar a prisão preventiva; b) que esta só se mantenha se e na medida em que for necessária para satisfazer os interesses da justiça penal; c) que o detido tenha oportunidade de se defender (devendo para isso conhecer os fundamentos da medida) d) que a prisão preventiva não exceda prazos razoáveis (devendo ser periodicamente reapreciada) (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 488).

<sup>706</sup> Para Maria João Antunes, “o juiz de instrução desempenha um papel duplo: por um lado, cabe-lhe exercer todas as funções jurisdicionais até à remessa do processo para julgamento; por outro, compete-lhe proceder à instrução e decidir quanto à pronúncia (artigo 17º do CPP)” (*Direito Processual Penal*, p. 30).

<sup>707</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 520.

<sup>708</sup> ANTUNES, Maria João; *Direito Processual Penal*, p. 30. Nesse sentido, consta a apresentação do CPP de 1987: “(...) todos os actos processuais que contendam directamente com os direitos fundamentais do arguido só devem poder ter lugar se autorizados pelo juiz de instrução e, nalguns casos, só por este podem ser realizados (...)” (*idem, ibidem*).

<sup>709</sup> *Idem*, p. 30.

razão pela qual os *princípios de aplicação das medidas de coação* (necessidade, adequação e proporcionalidade) serão centrais para o manejo delas.

O princípio da reserva do juiz é consequência também do sistema acusatório reconhecido pelo art. 32º, n.º 5, da CRP. Em termos gerais, significa que a “polícia investiga, Ministério Público acusa e Juiz decide”, na síntese de José Mouraz Lopes<sup>710</sup>.

A imparcialidade é importante para caracterizar o respeito ao princípio da reserva do juiz. É tão significativa que, para impedir sua quebra, surgiu a necessidade dessa medida de coação ser imposta por um juiz de instrução, de maneira que não possa depois figurar na fase de julgamento.

Em Portugal, o CPP de 1987 regulamentou a matéria concernente ao juiz de instrução. De início, deixou claro sua natureza (art. 1º), bem como sua competência (art. 17º). Trata-se de autoridade judiciária, a quem compete conduzir o processo, da instrução até a fase anterior ao julgamento.

Para José Mouraz Lopes, “o juiz de instrução é hoje essencialmente um juiz de liberdades”<sup>711</sup>.

No entanto, para além de preservar os direitos individuais, o juiz de instrução exerce um papel de controlo do *fair trial* ou processo equitativo (*faïres Verfahren*)<sup>712</sup>, sem embargo da sua responsabilidade pela efetividade do processo penal.

Nesse caso, mostra-se imperioso que o juiz de instrução, quando instado a determinar uma prisão preventiva a pedido do Ministério Público, não demore na resposta, pois caso necessária, cabível e urgente, qualquer lapso pode comprometer os propósitos cautelares da medida de coação requerida.

Então, não funciona só como um órgão de controlo, mas como um órgão essencial à própria realização da justiça penal, não como propulsor, papel esse que cabe ao Ministério Público, mas como um administrador da jurisdição, na extensão exatamente consignada pelo art. 8º, do CPP.

Na redação inicial do art. 40º, do CPP, impedia-se a participação de juiz no exame do recurso ou de revisão que tivesse proferido anterior decisão. Em tese, não havia uma

---

<sup>710</sup> *Garantia Judiciária no Processo Penal. Do Juiz e da da Instrução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 11.

<sup>711</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>712</sup> Cf. KREIKER, Helmut; *Europäisches Strafrecht*, p. 792.

proibição em relação ao juiz participar de julgamento, ainda que ele tivesse aplicado uma prisão preventiva anteriormente<sup>713</sup>. Com o Acórdão n.º 935/96, o TC decidiu que não poderia participar, caso tivesse determinado ou mantido prisão preventiva, pois incompatível com a estrutura acusatória, prevista no art. 32º, n.º 5, da CRP.

Depois das Leis n.ºs 59/98 e 3/99, o TC passou a reconhecer que o art. 40 não seria inconstitucional, pois a prática de atos isolados não comprometeria a imparcialidade do julgamento (Acórdãos n.ºs 338/99, 29/99 e 129/2007)<sup>714</sup>. Em resumo, o TC decidiu que não seria qualquer intervenção capaz de subtrair a imparcialidade e independência do magistrado, mas somente aquela caráter reiterado e repetitivo.

No presente, com a redação dada pela Lei n.º 20/2013, veda-se ao juiz que aplicar medidas de coação previstas nos artigos 200º a 202º (incluída portanto a prisão preventiva), intervir no julgamento, recurso ou pedido de revisão.

Pese embora debates sobre a posição do juiz de instrução<sup>715</sup>, sobretudo a controversa que subsiste em relação aos impedimentos do art. 40, do CPP, não definitivamente solucionada, na medida em que desde a edição do Código houve mais de uma mudança na redação do dispositivo<sup>716</sup>, bem como decisões outras do Tribunal

---

<sup>713</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; *Comentários do Código de Processo Penal*, p. 124.

<sup>714</sup> Segundo Albuquerque, “Assim, não estavam impedidos nem o juiz que apenas aplicou a prisão preventiva, mas não teve qualquer intervenção posterior no inquérito (acórdão do TC n.º 338/99), nem o juiz que apenas manteve a prisão preventiva aplicada por outro juiz (acórdão do TC n.º 29/99). Nem mesmo a intervenção simultânea, no julgamento, de juiz que, findo o primeiro interrogatório judicial do arguido detido, decretou a sua prisão preventiva e de juiz que, no decorrer do inquérito, manteve a prisão preventiva e, posteriormente à acusação, indeferiu o pedido da sua revogação constituía motivo de impedimento dos ditos juízes (acórdão do TC n.º 129/2007)” (*Comentários do Código de Processo Penal*, p. 124).

<sup>715</sup> Sobre esse ponto, Gomes Canotilho e Vital Moreira comentam: “Garantia fundamental de defesa é o princípio da judicialização da instrução, sendo esta da competência de um juiz – o juiz de instrução (nº 4). O preceito levanta alguns sérios problemas de interpretação. A Constituição não define onde começa a instrução. Dada a fórmula enfática utilizada pela lei básica («toda a instrução»), era de supor que ela visava submeter ao juiz as duas fases em que tradicionalmente se dividia a instrução, a saber a instrução preparatória e a instrução contraditória. Todavia, não tardaram os ensaios de criação de fases de inquérito «pré-instrutório», tendentes a retirar do juiz de instrução o monopólio desta. Esse movimento culminou com o actual Código de Processo Penal de 1987, que restringiu o conceito de instrução no essencial à antiga instrução contraditória, e que veio libertar da intervenção judicial e devolver às autoridades policiais, sob controlo do Ministério Público, a antiga instrução preparatória, assim transformada em fase pré-instrutória. Com isso, voltou-se, de certo modo, à revelia do propósito constitucional originário, à situação pré-constitucional (cfr. AcsTC n.ºs 7/87 e 23/90). De todo o modo, entendeu-se (cfr. AcTC citado) que o sistema do Cód. Proc. Penal acabava por ser uma solução em conformidade com a Constituição, pois conciliava o princípio da independência da magistratura judicial com a autonomia do Ministério Público na investigação penal. Mas a decisão ficou longe de convencer e de encerrar a controvérsia. No entanto, sempre se deve entender, pelo menos, que na fase pré-instrutória carecem de intervenção do juiz os actos que afectem os direitos, liberdades e garantias” (ob. cit., p. 520-521).

<sup>716</sup> Cf. Lei n.º 59/98, de 25/08; Lei n.º 3/99, de 13/01; Rect. n.º 105/2007, de 09/11.

Constitucional<sup>717</sup>, importa para este estudo assinalar que compete ao juiz de instrução o poder-dever de decidir sobre a necessidade da prisão preventiva do arguido.

Diante do art. 204º do CPP<sup>718</sup>, compete ao juiz analisar os pressupostos normativos<sup>719</sup> e, considerando as exigências processuais de natureza cautelar<sup>720</sup>, decidir pela prisão preventiva, mas só depois de descartar todas as outras medidas de coação previstas no Código.

Para Maria João Antunes que a motivação concernente à prisão preventiva deve considerar – por isso mesmo, expor de maneira clara – a razão pela qual outras medidas de coação não seriam adequadas e suficientes para o caso concreto, no afã der perseguir as exigências cautelares contidas no Código<sup>721</sup>.

Decerto, não basta a indicação dos motivos que fundamentam a prisão preventiva. Por conta do princípio da subsidiariedade, mostra-se imprescindível também o porquê da improptinência de medida coercitiva diversa, como, por exemplo, prevê o art. 292, *comma* 2, *c. bis*, do CPP italiano<sup>722</sup>.

---

<sup>717</sup> Cf. Ac. TC n.º 186/1998; Ac. TC n.º 129/2007; Ac. TC n.º 297/2003.

<sup>718</sup> O Tribunal Constitucional reconheceu a constitucionalidade das finalidades da prisão preventiva inscritas no art. 204º (cf. Ac. n.º 720 de 2007).

<sup>719</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de; *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 599.

<sup>720</sup> Cf. Art. 191º, CPP português.

<sup>721</sup> Segundo Maria João Antunes: “Relativamente às duas medidas de coação mais gravosas, deve ainda resultar da motivação da decisão judicial que as outras medidas de coação se revelam inadequadas ou insuficientes do ponto de vista das exigências processuais de natureza cautelar (artigos 193º, n.ºs 2 e 3, 201º, n.º1, e 202º, n.º1, do CPP). Especificamente em relação à prisão preventiva, deve ainda decorrer que a obrigação de permanência na habitação se revela inadequada e insuficiente daquele ponto de vista. O dever de motivação estende-se ainda às decisões de manutenção, substituição ou revogação das medidas de coação, valendo a disposição geral segundo a qual os atos decisórios são sempre fundamentados (artigos 97º, n.º 5, 212º e 213º do CPP)” (*Direito Processual Penal*, p. 149).

<sup>722</sup> Art. 292. *Ordinanza del giudice*. 1. *Sulla richiesta del pubblico ministero il giudice provvede con ordinanza*. 2. *L'ordinanza che dispone la misura cautelare contiene, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio: a) le generalità dell'imputato o quanto altro valga a identificarlo; b) la descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate; c) l'esposizione e l'autonoma valutazione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato; c-bis) l'esposizione e l'autonoma valutazione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, in caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'articolo 274 non possono essere soddisfatte con altre misure; d) la fissazione della data di scadenza della misura, in relazione alle indagini da compiere, allorché questa è disposta al fine di garantire l'esigenza cautelare di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 274; e) la data e la sottoscrizione del giudice.*

Esse dispositivo obriga o magistrado, no sentido de expor os motivos pelos quais não considerou relevantes as razões deduzidas pela defesa, bem como, no caso de *custodia cautelare in carcere*, as razões concretas e específicas pelas quais as medidas do art. 275 (outras medidas cautelares) são insatisfatórias<sup>723</sup>.

Segundo Paulo Tonini, «*se la misura consiste nella custodia cautelare in carcere, il giudice deve esporre le ‘concrete e specifiche ragioni’ per le quali le esigenze cautelari non passano essere soddisfatte con altre misure*»<sup>724</sup>. Ou seja, competiria ao magistrado expor os motivos pelos quais uma medida diversa como o monitoramento eletrônico ou comparecimento periódico não seriam suficientes para cumprir os desideratos cautelares.

Desde modo, considerando que o direito à liberdade não é absoluto, esse poderá ser restringido somente pelo juiz investido constitucionalmente do poder jurisdicional, pois somente ele está autorizado a motivadamente decretar a prisão preventiva, dentro das hipóteses estritamente previstas pela ordem jurídico-constitucional.

Gomes Canotilho, com precisão, recorda que a Constituição portuguesa diferenciou a detenção da prisão preventiva. Aquela, por ser efêmera, pode ser realizada pelos agentes de segurança, não podendo se prolongar mais que vinte e quatro horas. Por outro lado, só o magistrado pode decretar a prisão preventiva, razão do princípio da reserva do juiz<sup>725</sup>.

O art. 5º, n.º 2, da Convenção EDH impõe que toda a pessoa presa seja conduzida à presença de um juiz para que ele decida sobre sua liberdade, nomeadamente quando se tratar de detido, dado a referência ao art. 5º, n.º 1, a), da Convenção, diante de uma suspeita razoável de ter cometido uma infração “ou quando houver motivos razoáveis

---

<sup>723</sup> Cf. POLIDORO, Donato; *Codice di Procedura Penale Comentato*. A cura di Alfredo Gaito. Quarta edizione. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 1773.

<sup>724</sup> *Manuale di Procedura Penale*, ob. cit., p. 444.

<sup>725</sup> Escreve Gomes Canotilho que “A Constituição passou a distinguir com clareza entre detenção e prisão preventiva. Seguindo a doutrina penal e processual penal, bem como o que hoje prescreve o Código de Processo Penal, a detenção é: (1) uma medida de carácter precário e condicionado; (2) não resulta de decisão judicial (cfr. Cód. Proc. Penal, art. 255º); (3) situa-se entre os momentos de captura e do despacho judicial sobre a sua apreciação e validação e a prisão preventiva (cfr. nº3/a e b). A prisão preventiva, por seu lado, é já uma medida de privação de liberdade (embora de carácter excepcional, provisório e subsidiário) decretada pelo juiz como «medida de coacção» em processo penal (cfr. Cód. Proc. Penal, arts. 193º-2 e 194º-1). Deixou de existir «prisão preventiva em flagrante delito»; o que poderá verificar-se é que a detenção em flagrante delito seja transformada em prisão preventiva (cfr. Cód. Proc. Penal, arts. 255º e 258º).” (GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2014, p. 480).

para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido”.

Destaca Zappala que o sujeito a quem se atribui o exercício do poder de restringir a liberdade é exclusivamente o órgão jurisdicional. Por isso mesmo, identifica-se como princípio da legalidade e da reserva jurisdicional (*il principio di legalità e la riserva di giurisdizione*) em matéria de medidas cautelares pessoais<sup>726</sup>.

Por sua vez, o art. 28, n.º 1, da CRP, que cuida da prisão preventiva impõe a condução daquele que foi detido, no prazo máximo de 48 horas, à presença do juiz, a fim de que possa ouvi-lo e deliberar sobre sua liberdade.

Além disso, o art. 27º, n.º 4, consagra o princípio da motivação quando determina que “toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões de sua prisão ou detenção e dos seus direitos”.

É clara, portanto, a regra constitucional que impõe a motivação da decisão que determina a prisão preventiva, pois ela retira a liberdade de locomoção do indivíduo, protegido pela presunção de inocência.

Não parece, entretanto, subsistir tantas dúvidas quanto à competência do magistrado para decretar a prisão preventiva. O ponto controverso, de repende, diz respeito a qual juiz teria melhores condições, o juiz de instrução ou de julgamento.

Embora introduzido o juiz de instrução para preservar a imparcialidade do julgamento, no que toca à prisão, o mais importante seria vedar uma decretação de ofício, ou seja, sem a provocação do MP. Esta é a posição, por exemplo, do TC espanhol, que reconhece a quebra da imparcialidade quando uma medida cautelar é decretada de ofício (STC, 106/1989)<sup>727</sup>.

Embora se reconheça juridicamente o caráter subsidiário da prisão preventiva, permeado sobretudo pela máxima do estado de inocência, há circunstâncias em que sua incidência revela extrema complexidade, principalmente quando ocorre um crime de natureza violenta, como um crime de homicídio, no qual se deu uma detenção em flagrante do suspeito.

---

<sup>726</sup> SIRACUSANE, D.; GALATI, A. TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E.; *Diritto Processuale Penale*. Volume Primo. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 439.

<sup>727</sup> Cf. SANCHEZ BARRIOS, Maria Inmaculada; La prisión Provisional em España. Especial referencia a su procedimiento. In: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Org. Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.



Será que, diante de um vídeo, mostrando que um suspeito, sem antecedentes de violência, dispara e mata sua companheira com uma arma de fogo, ele deve responder o processo em liberdade à vista do direito à presunção de inocência?

É aqui o maior problema do instituto da prisão preventiva quando confrontado com o princípio em referência. Na detenção em flagrante, as “provas” invocadas para subsidiar uma prisão preventiva são na sua maioria consistentes.

Mas, como não é (ainda) possível uma imposição de pena instantânea, pois o procedimento investigativo e jurisdicional exige tempo, como resolver essa problemática concernente à “liberdade de quem *a priori* cometeu um crime grave ou está prestes a cometer com base em evidentes razões de perigo”?

No caso flagrante, compreendido aqui no sentido da detenção no momento imediatamente próximo ou no instante da consumação do crime<sup>728</sup>, põe em discussão o princípio da presunção de inocência, bem como o princípio *nulla poena sine iudicio*.

Porém, enquanto não subsistir uma sentença criminal com trânsito em julgado, qualquer prisão mascarada de antecipação de pena, sob qualquer pretexto, revela-se incompatível com o quadro jurídico-constitucional edificado, no campo das garantias judiciais, sob a égide da presunção de inocência.

Na mesma senda de preocupação, na considerada criminalidade grave como a prática de terrorismo ou tráfico de seres humanos, como seria o emprego do instituto da prisão preventiva, sobretudo porque o combate ao terrorismo, para sua eficiência, depende da prevenção criminal, sob pena da consequência de uma conduta colocar em risco um número indeterminado de pessoas ou mesmo a própria sociedade?

A prisão preventiva consiste em uma medida processual necessária em nossa sociedade, por isso mesmo “comunitariamente suportável”. Ocorre que sua legitimidade depende, invariavelmente, da observância aos respectivos princípios jurídico-constitucionais e aos princípios de aplicação das medidas de coação.

### **3. O princípio da excepcionalidade**

---

<sup>728</sup> Sobre cf. CORDERO, Franco; *Procedura penale*, p. 455-456.

Sabe-se que compete ao direito penal material proibir somente aquelas condutas que sejam ofensivas aos bens jurídicos dignos dessa proteção. Por isso mesmo, a pena privativa de liberdade é a *ultima ratio* da política criminal<sup>729</sup>.

Lembra Eduardo Correia, que da mesma forma que tende a considerar a pena de prisão como *ultima ratio* do direito criminal, há que considerar medidas outras que possam cumprir o efeito desejado pela prisão preventiva<sup>730</sup>.

Em sendo assim, para castigar uma conduta socialmente danosa, supõe-se que inexista qualquer outra menos grave capaz de cumprir essa missão<sup>731</sup>. Esse raciocínio concernente à subsidiariedade, pode ser o ponto de partida para melhor compreender o princípio da excepcionalidade da prisão preventiva. Aliás, no campo processual penal, convém recordar que os direitos humanos servem de limite à intervenção do Estado, razão pela qual uma medida de coação dessa potência só terá lugar de modo excepcional e quando necessária<sup>732</sup>.

Para Binder, o princípio da excepcionalidade deve ser o primeiro à guisa de compreensão das medidas de coação no processo penal, particularmente em relação à

---

<sup>729</sup> Nesse sentido, relativamente ao sistema sancionatório do Código Penal Português de 1983, leciona Figueiredo Dias: “Importa sublinhar, em segundo lugar, que o sistema sancionatório do nosso Código Penal assenta na concepção básica de que a pena privativa de liberdade – sendo embora um instrumento de que os ordenamentos jurídico-penais actuais não conseguem ainda infelizmente prescindir – constitui verdadeiramente a *ultima ratio* da política criminal. Desta concepção derivam consequências a dois níveis, que o Código procura levar tão longe quanto possível. Consequências, desde logo, quanto à reconfiguração da própria pena de prisão, no sentido de, em toda a medida possível, limitar o seu efeito negativo e criminógeno e oferecer-lhe um sentido positivo, prospectivo e socializador: por isso, diversamente do que sucedia no regime anterior, o Código consagra uma pena de prisão única e simples, com limite absoluto mínimo mais elevado e máximo mais baixo, cujo cumprimento admite que possa em certos casos ter lugar durante dias livres. Consequências, por outro lado, quanto à limitação da sua aplicação concreta da prisão, advogando a sua substituição, sempre que possível, por penas não institucionais; e, sobretudo, impondo ao juiz que quando, no caso, possa escolher entre a aplicação de uma pena privativa de liberdade e de uma pena não detentiva dê preferência à segunda desde que ela «se mostre suficiente para promover a recuperação social do delinquente e satisfaça as exigências de reparação e prevenção do crime» (art. 71.º)” (O sistema sancionatório do Direito Penal Português no contexto dos modelos de política criminal. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p 789).

<sup>730</sup> *La Detention avant jugement*, p. 77.

<sup>731</sup> Cf. ROXIN, Claus; ARZT, Gunter; TIEDEMANN, Klaus; *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Versión española, nota y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1989, p. 22.

<sup>732</sup> Segundo Stefan Trechsel, “Human rights in this context serve to limit the rights of the to interfere with fundamental values of the individual. It is not entirely wrong to say that in criminal proceeding the interference with fundamental freedoms is normal, although, in theory, it ought only to occur in exceptional circumstances. The intervention of the human-rights instruments is designed to restrain in prosecution authorities, to ensure that measures such as detention, wire-tapping, and search and seizure are based on appropriate legal regulations, and to restrict any interference to a degree which can reasonably be accepted as ‘necessary’” (*Criminal Proceedings*, p. 405).

prisão preventiva, pois dentro de um sistema constitucional “tanto la prisión preventiva como la detención, deben ser excepcionales”<sup>733</sup>.

Este princípio, à guisa de nota histórica, norteava o emprego da prisão preventiva na antiga Toscana (*carcere preventivo*). Recorda Francesco Carrara, que o princípio legalmente previsto da *eccezionalità* da prisão preventiva, restringia a medida aos crimes punidos com pena superior a dois anos, bem como só poderia ser decretado por um magistrado. Portanto, muito antes do Código Criminal de 1865 do Reino da Itália<sup>734</sup>, prender uma pessoa de modo preventivo era uma medida excepcional na Toscana.

Decerto, o princípio da excepcionalidade supõe a existência medidas cautelares capazes de salvaguardar o processo penal contra os riscos que corre por conta do período necessário à investigação criminal e cognição processual, sem que para isso seja necessário recorrer à prisão preventiva.

Para Mario Valiante, “la presenza dell’imputato agli atti del processo può e deve essere assicurata con provvedimenti diversi”<sup>735</sup>. Em outras palavras, a presença do investigado ou acusado no curso do processo deve ser garantida por providência diversa da prisão preventiva.

Paolo Tonini, por seu turno, advoga uma diferença entre a medida cautelar dentro de um sistema inquisitório e a medida cautelar dentro do sistema acusatório<sup>736</sup>.

No inquisitório, o arguido poderia desde logo ser tratado como um culpado, de modo que a medida cautelar pertinente à prisão preventiva tencionava sobretudo a

---

<sup>733</sup> *Introducion al Derecho Procesal Penal*, p. 197.

<sup>734</sup> De acordo com Francesco Ferrara: “In Toscana non soo avevamo da lunghissimo tempo il preceto legislativo dello scomputo della carcere punitiva: principio quantunque più o meno allargato nelle sue applicazioni secondo il variare dei tempi tu sempre fra noi problemato come assoluto e riconosciuto come sacro. Noi avevamo di più da lunga stagione e con frutto boníssimo, l’altro principio, dettato come precetto legislativo, della eccezionalità del carcere preventivo. No si poteva (per letterale disposto di legge) arrestare preventivamente um cittadino che fosse imputato di un delito (salvo poche speciali eccezioni) il quale non portare ad una pena superiore a due anni di prigionia: ed ogni arresto doveva eseguirsi per decreto di magistrato, e non per arbitrio di un birro. Sotto questa legge vissero tranquilli i due milioni di uomini che popolano la Toscana, ed era legge di governo dispotico. Noi non eravamo felici, perchê infelici ci rendevano le piaghe dei nostri fratelli, e la nazionale aspirazione compressa dal giogo straniero: ma eravamo tranquilli in quanto ala libertà individuale che no poteva venirci totta meno che per gravi delitti, e con forme prudentemente ordinate” (*Opuscoli di Diritto Criminale. Il Carcere Preventivo e l’applicazione della pena*. Vol. II. Prato: Tipograzia Ciacheti Figlio, 1878, p. 500).

<sup>735</sup> *Il nuovo processo penale. Principi Fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 1975, p. 297.

<sup>736</sup> *Manuale di Procedura Penale*, p. 429

confissão. Neste caso, o juiz possuía poderes elásticos para coagir o suspeito na busca da verdade, baseado em elementos nada consistentes para decretá-la<sup>737</sup>.

O sistema acusatório, por outro lado, tem por base a liberdade como regra. Então, *la libertà personale deve essere la regola e la custodia cautelare deve restare un'eccezione*<sup>738</sup>. Esse princípio permeia, segundo Tonini, não só a Constituição italiana, mas também a Convenção EDH e os principais tratados internacionais sobre direitos humanos<sup>739</sup>.

Além disso, o princípio da presunção de inocência e o direito à liberdade pessoal promovem a necessidade de subsistir uma pluralidade de medidas cautelares, de modo que *«il giudice può scegliere quella che risulta più adeguata al caso concreto e la custodia cautelare in carcere resta la extrema ratio»*<sup>740</sup>. Essa medida excepcional pode ser associada ao critério do *minore sacrificio*, coantes em mais de uma vez decidiu a Corte Constitucional italiano (n.º 299 de 2005 e n.º 265 de 2010).

Segundo ainda Tonini, a supressão da liberdade pessoal do investigado ou imputado deve estar contida entre os limites mínimos indispensáveis a satisfação da exigência da medida cautelar reconhecida no caso concreto. Com base no *minore sacrificio necessario*, deve existir, portanto, um modelo plural gradual de medidas cautelares (*pluralità graduata*)<sup>741</sup>.

Nessa mesma direção, Mario Valiante sustentava que as medidas de coação deveriam, por assim dizer, serem graduais, no sentido da menos para a mais grave,

---

<sup>737</sup> *Idem, ididem.*

<sup>738</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>739</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>740</sup> TONINI, Paolo; *idem, ibidem.*

<sup>741</sup> Sobre o critério do “*minore sacrificio*”, lecionna Paolo Tonini: “I principi appena esposti trovano espressione nel criterio del «*minore sacrificio necessario*» (C. cost., n. 299 del 2005 e n. 265 del 2010): la compressione della libertà personale dell’indagato o dell’imputato deve essere contenuta entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto. Sul versante della ‘qualità’ delle misure, ne consegue che il ricorso alle forme di restrizione più intense – e particolarmente a quella ‘massima’ della custodia carceraria – deve ritenersi consentito solo quando le esigenze processuali o extraprocessuali, cui il trattamento cautelare è servente, no possano essere soddisfatte tramite misure di minore incisività. Il criterio del ‘*minore sacrificio necessario*’ impegna il legislatore, da una parte, a strutturare il sistema cautelare secondo il modello della ‘*pluralità graduata*’, predisponendo una gamma alternativa di misure, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale; dall’altra, a prefigurare meccanismi ‘*individualizzati*’ di selezione del trattamento cautelare, adeguati alle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete” (*Manuale di Procedura Penale*, ob. cit., p. 430).

sopesando, conseqüentemente, as efetivas necessidades processuais e características pessoais do imputado<sup>742</sup>.

Portanto, a prisão preventiva somente terá lugar quando houver absoluta necessidade<sup>743</sup>, de modo que sem ela não será possível impedir a ocorrência dos seguintes riscos: a) risco de fuga do suspeito; b) risco de dano aos meios de prova; c) risco de reiteração criminosa.

O art. 27º, n.º 3, da CRP, autoriza a restrição ao direito de liberdade, mesmo sem prévia condenação, naturalmente dentro das hipóteses legalmente permitidas. Está claro, portanto, que a regra diz respeito à liberdade<sup>744</sup>, o que significa dizer, conquanto ordinário, mas sempre necessário reafirmar, que a prisão preventiva deve ser exceção dentro de um Estado de Direito democrático.

O art. 9º, § 3, do Pacto IDCP, também dá conta dessa exceção ao consignar que a “prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral”. Essa disposição indica com régua e compasso o caráter excepcional dessa medida de coação no plano internacional de proteção dos direitos humanos<sup>745</sup>.

De maneira clara, o art. 28º, n.º 2, da CRP, prevê que a “prisão preventiva tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida sem que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei”. Tem-se aqui, expressamente, a previsão objetiva do princípio da excepcionalidade ou medida de exceção da prisão preventiva<sup>746</sup>.

---

<sup>742</sup> *Ob. cit.*, p. 299. Para Valiante: “Perciò, quando una misura meno grave è da ritenersi sufficiente per un determinato atto, no va disposta quella più grave, siccome del tutto inutile e sproporzionata. D'altronde, un provvedimento meno grave, ove sia violato, è da ritenersi inefficace, e va perciò convertito in altro più grave. La stessa precedente violazione di analogo provvedimento nel corso di altro procedimento giustifica l'adozione di misure più grave. All'inverso, le qualità morali della persona dell'imputato possono far ritenere sufficiente anche una misura inferiore” (*idem, ibidem*).

<sup>743</sup> Cf. TRECHSEL, Stefan; *Criminal Proceedings*, p. 406.

<sup>744</sup> Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o direito à liberdade engloba fundamentalmente os seguintes «subdireitos»: (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 protecção do Estado contra os atentados de outrem à própria liberdade” (*ob. cit.*, p. 478).

<sup>745</sup> TRECHSEL, Stefan; *idem, ibidem*.

<sup>746</sup> Para José Lobo Moutinho, “a detenção e a prisão preventiva são admissíveis nos termos descritos na alínea b), mas para a realização de finalidades a que a Constituição não alude expressamente aqui, derivando da estrutura constitucional do processo penal desenhada no artigo 32.º da Constituição, em conjugação com os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade” (*Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 648).

Por conta do direito à liberdade<sup>747</sup>, qualquer medida que o subtraia deve ser excepcional. Conseqüentemente, a prisão preventiva será exceção, uma vez que a liberdade é a regra. Então, mesmo no curso do processo, a liberdade prevalece em face da prisão prematura<sup>748</sup>. O Código, porém, outorga ao juiz diversas possibilidades de limitar a liberdade<sup>749</sup>, quando necessária em função de necessidades cautelares, como a própria segurança das vítimas (art. 27º da CRP)<sup>750</sup>.

Escreve Claus Roxin que dentre as medidas pertinentes à garantia do processo, a prisão preventiva corresponde à ingerência mais grave contra a liberdade individual. Todavia, excepcionalmente, ou seja, em alguns casos, tem-se como necessária à administração da justiça<sup>751</sup>.

Nessa direção, igualmente pontuam Mariano Libarona e Augusto Garrido, considerando que o direito à liberdade é a regra, de maneira que só excepcionalmente possa ser restringido. Por isso mesmo, somente poderá ser negada a liberdade ao processado ou investigado, no prognóstico consistente de risco de fuga e entorpecimento da investigação<sup>752</sup>.

Para Julio Maier, a prisão preventiva, isto é, a privação da liberdade durante um procedimento penal, corresponde ao exercício de uma força pública contra outro direito, o direito à liberdade<sup>753</sup>. Essa força, conseqüentemente, só pode ser empregada de maneira

---

<sup>747</sup> Sobre o direito à liberdade e sua pertinente proteção desde a Magna Carta, cf. MIRANDA, Pontes de; *História e prática do habeas-corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)*. Tomo I. 8ª Edição. Saraíva: São Paulo, 1979.

<sup>748</sup> Cf. FALCONE, Roberto A. La Prisión Preventiva frente a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Ley Procesal Penal. *Summa Procesal Penal*. Director Pedro J. Bertolino. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 1525.

<sup>749</sup> Para Roberto A. Falcone, “sin embargo, la ley procesal, tanto nacional como provincial, suministra al juez diversas posibilidades para limitar la libertad, limitación que, al recaer sobre una persona que goza de un estado jurídico de inocencia, le ha permitido sostener a Winfried Hassemer que constituye “un despojo, el robo de la libertad a un inocente”. Idem, ibidem.

<sup>750</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; ob. cit., p. 478.

<sup>751</sup> Idem, p. 257. Explica que “el orden interno de un Estado se revela en el modo en que está regulada esa situación de conflicto: los estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, exagerarán fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal. En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano; el Estado mismo está obligado por ambos fines – aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano” (idem, p. 258).

<sup>752</sup> LIBARONA, Mariano Cúneo; GARRIDO, Augusto Nicolás; *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Directores Miguel Á. Almeyra y Julio C. Báez, Coordinador Adrián R. Tellas. 1ª edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 63.

<sup>753</sup> *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Parte General. Actos Procesales. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2015, p. 373.

absolutamente excepcional. Ou seja, a prisão preventiva não poderá ser a regra, motivo porque deve ser a última medida de coação a ser imposta, quando não couber *in concreto* qualquer medida substitutiva.

Gomes Canotilho e Vital Moreira, por oportuno, colocam que “a prisão preventiva tem natureza excepcional, pelo que não deve efectuar-se, ordenar-se ou manter-se quando inexistam os pressupostos do art. 27º-3/b, e quando ela se mostre desnecessária; isto é, quando possa, sem prejuízo, ser substituída por caução ou outra medida mais favorável”<sup>754</sup>.

Sem embargo, não podemos deixar de considerar que as prisões preventivas hodiernamente impostas sem um controle efetivo da sua funcionalidade processual penal, tornou-se uma indevida e incompatível antecipação da pena. Ou seja, a prisão preventiva para o direito agredido (liberdade de locomoção) não representa nenhuma diferença substancial da pena privativa de liberdade<sup>755</sup>.

Por essa razão, há uma séria preocupação quanto à introdução da *plea bargaining* anglo-americano no sistema processual português, com sérios ventos nessa direção sobre o sistema criminal brasileiro<sup>756</sup>.

Pedro Soares de Albergaria, com base em Bibas, mostra que o número de presos preventivos nos EUA é quatro vezes maior que aqueles sujeitos posteriormente a pena privativa de liberdade à guisa de condenação. Por isso, não é incomum, presos provisórios permanecerem custodiados por um período superior a pena prevista na sentença, razão pela qual são conduzidos ao *plea bargaining* para não permanecerem presos para além da pena posteriormente prevista (*time served plea bargaining*)<sup>757</sup>.

Para evitar uma indevida antecipação, essa exceção concernente à medida de coação será aferida diante das hipóteses em que a prisão preventiva for legalmente autorizada, como o perigo de fuga, que supõe uma análise concreta da circunstância ensejadora. Ou, diante do perigo de interferência nos meios de prova, como

---

<sup>754</sup> Ob. cit., p. 488.

<sup>755</sup> MAIER, Julio B. J; idem, p. 375.

<sup>756</sup> Em tom de crítica, colocando que o instituto não é compatível como o modelo continental europeu de processo penal, cf. FIGUEIREDO DIAS, José de; *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal*, ob. cit., p. 17.

<sup>757</sup> *Plea Bargaining. Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 139.

comportamentos intimidadores de testemunhas ou destruição de provas a prejudicar a investigação da verdade, sempre examinadas concretamente.<sup>758</sup>.

Além disso, o perigo de reiteração comum em casos de violência sexual e de corrupção, de igual modo, revelam hipóteses de excepcional decretação da prisão preventiva, essa de mais difícil ajuste ao desiderato de garantia processual, pois se sustenta em uma hipótese que não cautela o processo, qual seja, possível reiteração criminosa.

Percebe-se, de qualquer sorte, que a prisão preventiva vem a resguardar a eficiência do processo penal. Para Claus Roxin, sob o ângulo do StPO, pretende assegurar a presença do acusado no processo penal (§ 112, II, n° 1 e 2); garantir que os órgãos responsáveis pela persecução penal consigam investigar os fatos considerados *prima facie* criminosos (§ 112, II, n°3) e assegurar a execução da pena (§457)<sup>759</sup>.

Por isso, Claus Roxin define a prisão preventiva no processo penal como a privação da liberdade do suspeito com o fim de garantir o processo penal, quer no seu conhecimento, quer na sua execução<sup>760</sup>. No mesmo sentido Schlothauer, para o qual, nos casos de perigo de reiteração, prisão como *ultima ratio*<sup>761</sup>.

Então, a prisão preventiva tem um caráter excepcional, razão pela qual só pode ser decretada quando estritamente indispensável à garantia da efetividade do processo penal, exatamente para não derrotar o princípio do estado de inocência<sup>762</sup>.

Regista Julio Maier que na prisão preventiva subsiste uma desconfiança em relação ao imputado, no sentido de que ela possa colocar em risco o procedimento penal e a consecução de seus objetivos, por conta disso, notadamente para impedir a concretização desses riscos processuais, que a lei permite excepcionalmente manter preso o suspeito, investigado ou processado, mesmo frente ao direito à liberdade<sup>763</sup>.

Decerto, só quando as outras medidas de coação se mostrarem inadequadas ou insuficientes cabe prisão preventiva. Segundo Maria João Antunes, consiste em uma

---

<sup>758</sup> ROXIN, Claus; *idem*, p. 260.

<sup>759</sup> *Idem*, p. 257.

<sup>760</sup> *Idem*, p. 257.

<sup>761</sup> *Untersuchungshaft mit Erläuterungen zu den UvollzG der Länder*, p. 326.

<sup>762</sup> NAVARRO, Guillermo Rafael; DARAY, Roberto Raúl; *Código Procesal Penal de La Nación. Análises doctrinal y jurisprudencial*. 5ª edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2013, p. 54.

<sup>763</sup> MAIER, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Parte General. Actos Procesales. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p. 412.



consequência do princípio político-criminal da prisão preventiva como *ultima ratio*<sup>764</sup>. O art. 28, n.º 2, da CRP dá conta dessa natureza excepcional da prisão preventiva<sup>765</sup>.

Por sua vez, o art. 27º, n.º 3, da CRP, que na sua redação original não previa como requisito um crime que corresponda a pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 3 anos<sup>766</sup>, representa outra regra constitucional concatenada com o princípio da excepcionalidade, pois somente naqueles crimes graves, considerando o critério da pena cominada, caberá prisão preventiva.

Julio Maier, considerando que a pena de privação da liberdade enquanto resposta institucional à prática de crimes não se mostrou eficiente, vez que não cumpre com o desiderato político-criminal de ressocialização, o que se comprova pela instituição de meios alternativos, no caso particular da prisão preventiva, cujo sentido maior está constricto no direito processual penal, muito maior deve ser a preocupação em excepcionalizar essa medida de coação, dado o princípio do estado de inocência<sup>767</sup>.

Assim, para além das garantias da reserva de juiz e da presunção de inocência, a prisão preventiva só será válida quando excepcionalmente decretada<sup>768</sup>. Em outras

---

<sup>764</sup> *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 139.

<sup>765</sup> No ponto, comenta Maria João Antunes: “Esta norma consitucional vincula o legislador e o aplicador da lei à exigência de subsidiariedade da prisão preventiva, no sentido preciso de a ela se poder chegar somente depois do percorrido o caminho que afasta todas as outras por inadequação ou insuficiência, face às exigências processuais de natureza cautelar que se façam sentir no caso” (idem, p. 141).

<sup>766</sup> Cf. MOUTINHO, José Lobo; *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 634.

<sup>767</sup> Segundo Julio Maier: “Si el Derecho Penal se cuestiona la aplicación del encierro como reacción frente al delito, con cuanta más razón debe cuestionarlo el Derecho Procesal Penal como encierro preventivo, aplicado a una persona que – se declama – es inocente con el único objeto de impedir que se frustren los fines del procedimiento” (MAIER, Julio B. J.; *Antología. El proceso penal contemporáneo. Límite temporal del encarcelamiento preventivo*. Lima: Palestra editores, 2008, p. 190).

<sup>768</sup> Como, oportunamente, escreve Julio Maier: ““La vía elegida, contraria a legitimar los actos de poder por el mero hecho de la posibilidad jurídica de su existencia, ha afirmado ya los siguientes principios: a) excepcionalidade, que deriva de entender al encarcelamiento preventivo como una autorización de excepción, limitada a la absoluta necesidad de la medida para aquellos casos en que el concreto peligro de fuga del imputado o el concreto peligro de obstaculización en la averiguación de la verdad por acción del imputado amenacen la efectiva realización de los fines del procedimiento penal (averiguar la verdad objetiva y actuar el Derecho Penal material), principio que procede de concebir el encarcelamiento preventivo como instituto procesal que no puede perseguir fines específicos del derecho material como la prevención general o especial, propios de la pena (prohibición de penas <<anticipadas>>), precisamente porque el imputado es inocente hasta tanto una sentencia de condena firme lo declare culpable y lo someta a una pena (nulla poena sine iudicio) y, por tanto, no puede ser penado sin juicio previo...(18, Constitución nacional); b) proporcionalidad que intenta, principalmente, impedir, aun en los casos de encierro admisible, que el procedimiento inflija a quien lo soporta un mal mayor – irremediable – que la propia reacción penal legítima del Estado en caso de condena, aceptando incluso el perjuicio a la realización regular y efectiva del procedimiento em procura de evitar ese despropósito” (idem, p. 193).

palavras, quando houver a necessidade de empregá-la como derradeira medida de coação capaz de obstar os riscos processuais, ou seja, diante do perigo de fuga do imputado ou diante do perigo de obstaculização para a averiguação da verdade, bem como quando diante do juízo de prognose delitivo positivo não houver opções diversas para impedir a reiteração criminosa<sup>769</sup>.

Essa excepcionalidade, portanto, deve ser aferida a partir das hipóteses em que o legislador autoriza o emprego da prisão preventiva. Com a Lei n. 48/07, o legislador português estabeleceu que só diante de crimes com pena de prisão superior a 3 anos revelasse possível a prisão preventiva<sup>770</sup>, em sintonia, aliás, com o que prevê o artigo 27.º, n.º 3, b), da CRP.

No particular da Espanha, comenta Piñol Rodríguez, que essa corresponde a primeira característica do instituto da prisão preventiva. Por isso, qualquer regra concernente à matéria deve ser interpretada de maneira absolutamente restrita. Então, faz-se mister ponderar os bens e valores atingidos pela medida, bem como somente em casos necessários deve se recorrer a prisão preventiva, “procurando recurrir a otros modos alternativos menos onerosos, cuando ello sea posible”<sup>771</sup>.

Por oportuno, registra Rosa Cortina que o TC espanhol não só reconhece a excepcionalidade da medida, como destaca um princípio de interpretação que deve nortear o instituto da prisão preventiva, o *favor libertatis* ou *in dubio pro libertate* (SSTC n.º 88/1988, 98/2002, 81/2004)<sup>772</sup>.

Tendo em conta a criminologia, consoante observação de Anabela Miranda Rodrigues, a prisão ou a pena, malgrado o propósito teórico socializador, “não só produz

---

<sup>769</sup> MEINEN, Gero; *Handbuch zur Strafverfahren*, p. 355; PAEFFGEN, Hans-Ullrich; *SK-StPO. Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK*, p. 865; GRAF, Jürgen-Peter; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, p. 660.

<sup>770</sup> Sobre a reforma de 2007, cf. COSTA ANDRADE, Manoel; *idem*, p. 55.

<sup>771</sup> Cf. SSTC 41/1982, de 2 julio; 34/1987, de 12 de marzo; 156/1997, de 29 de septiembre y 147/2000, de 29 de marzo (*Derecho Procesal Penal*. Pamblona: Civitas, 2014, p. 439).

<sup>772</sup> *Las Medidas Cautelares Personales en El Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 2015, p. 63. Nesse sentido, “el principio *favor libertatis* o *in dubio pro libertate* vienen a significar que la interpretación y la aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad...lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva” (*idem, ibidem*).

efeitos de dessocialização como também cria problemas e dificuldades ulteriores, quando se perspectiva o regresso do recluso à comunidade”<sup>773</sup>.

Essa perspectiva se agrava na prisão preventiva, na medida em que o arguido poderá sofrer consequências sócio-econômicas e psicológicas, a despeito de ser posteriormente absolvido da acusação. Por isso mesmo, pode-se sustentar que a prisão preventiva deve ser a “exceção da exceção”. Em derradeiro caso sua imposição deve ser cogitada. Daí porque, parece-nos melhor a redação do artigo n.º 137, do CPP francês<sup>774</sup>, quando indica uma necessária progressão das medidas de coação, para somente no último caso, face a insuficiência das demais, recorrer-se à prisão preventiva.

Embora não recorrente nos países que seguem o sistema *civil law*, a fiança consiste numa medida imposta contra um suspeito, por meio da qual garante-se ao processado o direito à liberdade. Por exemplo, na Inglaterra e País de Gales, onde subsiste o direito à fiança. Baseia-se em duas premissas, na presunção de inocência e no direito à liberdade dos inocentes<sup>775</sup>.

Destarte, parece-nos que a prisão preventiva, considerando o que está posto no art. 5º, n.º 2, c), da Convenção EDH, só teria lugar para conter o perigo de fuga ou a reiteração criminosa, malgrado a posição da Corte EDH (*Wemhoff vs. Germany*)<sup>776</sup>. Em nosso sentir, essas seriam as únicas exceções que caberiam na equação, onde a presunção de inocência é constitucionalmente imperiosa.

#### 4. O princípio do contraditório

---

<sup>773</sup> *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 45.

<sup>774</sup> *Article 137 Toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre. Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou, si celles-ci se révèlent insuffisantes, être assignée à résidence avec surveillance électronique. A titre exceptionnel, si les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ne permettent pas d'atteindre ces objectifs, elle peut être placée en détention provisoire.*

<sup>775</sup> HUCKLESBY, Anthea; *Bail in Criminal Cases. The Handbook of The Criminal Justice Process*. Edited by Mike McConville & Geoffrey Wilson. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 115.

<sup>776</sup> Segundo Jacobs e White, “other grounds which have been accepted by the Court as capable of justifying detention are the risk of suppression of evidence and of collusion, that is, contacting other defendants or witnesses to agree on a false version of events” (*The European Contention on Human Rights*, p. 136).

O justo processo supõe, necessariamente, um contraditório, mesmo no bojo das medidas cautelares<sup>777</sup>. Como bem coloca Agostino De Caro, «nessuna espressione della giurisdizione penale può oggi prescindere dalla piena attuazione del contraddittorio»<sup>778</sup>. No caso da prisão preventiva, nada obstante sua urgência, não há razões para suprir essa garantia. Ela assegura ao arguido a possibilidade de confrontar e influenciar a decisão do juiz ou Tribunal.

Miguel Júdice, relativamente ao contraditório, sugere uma pré-acusação provisória antes de ser decretada a prisão preventiva, no seguinte sentido: “obrigação de ser feita uma pré-acusação provisória antes de ser decretada a prisão preventiva (e devendo sempre ser precedida de audição do arguido e não apenas, como diz a lei, quando ‘possível e conveniente’!), de modo a que se possa abrir de imediato um processo contraditório que permita ao Defensor tentar destruir as condições em que se estruturou a medida cautelar da prisão preventiva”<sup>779</sup>.

Decerto, ainda que uma medida possa ser decretada no curso da investigação, essa não dispensará o contraditório, ou seja, o direito da pessoa sujeita conhecer dos fatos contra ela imputados e refutá-los. O porquê, na melhor síntese, da prisão contra ela decretada preventivamente. Para então, poder questioná-las.

Esse princípio, também fundamenta o direito do arguido ser conduzido imediatamente à presença do juiz que decretou a prisão, de modo a esclarecer as razões que a motivaram.

Esse contraditório está contido no art. 28º, n.º 1, da CRP, que cuida da prisão preventiva, quando determina que no prazo de 48 horas o detido será conduzido à presença do juiz, para conhecer das causas em que basearam a prisão, “interrogá-lo e dar-lhe a oportunidade de defesa”.

Essa regra, segundo Canotilho e Moreira, possui uma dimensão processual, pois impõe a reserva jurisdicional que determina a prisão preventiva, condicionada a

---

<sup>777</sup> Sobre o contraditório e as medidas cautelares, cf. DI BITONTO, Maria Lucia; *Libertà Personale Dell'imputato e Giusto Processo. Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 2007. Fasc. 2/3. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore. P. 865-898

<sup>778</sup> *Trattato di Proceura Penale. Volume Secondo. Prove e Misure Cautelari*. Tomo II. *Lei Misure Cautelari*, p. 25.

<sup>779</sup> JÚDICE, José Miguel; *Prisão preventiva: um cancro que envergonha. Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 64. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, p. 44.

necessidade de preservar um interesse da justiça penal e “que o detido tenha a oportunidade de se defender (devendo para isso conhecer os fundamentos da medida)”<sup>780</sup>.

Para Lobo Moutinho, essa regra é pertinente, na medida em que garante ao detido o direito de se defender<sup>781</sup>. O princípio do contraditório, nesse sentido, será a garantia de que o arguido poderá conhecer e questionar das razões da sua prisão. É importante, especialmente para o exercício do direito ao recurso.

O TC, nos Acórdãos n.º 416/2006 e n.º 607/2003, reiterou a necessidade de esclarecer pontualmente os motivos que autorizaram a prisão preventiva. Sem essa exposição dos fatos, não seria possível realizar o contraditório, conseqüentemente, seria impossível recorrer do despacho<sup>782</sup>.

Na Argentina, segundo Mariano La Rosa, considerando que somente o juiz pode decretar a prisão preventiva, tem-se como necessário uma declaração indagatória em audiência, com a presença do magistrado, onde será possível realizar a defesa material do arguido. Depois disso, pode-se decidir sobre sua prisão ou liberdade<sup>783</sup>.

---

<sup>780</sup> Ensinam nessa direção Gomes Canotilho e Vital Moreira, para os quais “a epígrafe originária justifica-se porque este artigo trata fundamentalmente da dimensão processual da prisão preventiva, cujos pressupostos materiais constam do art. 27º, n.º 3/b (cfr. Nota VII a este artigo). Essa dimensão processual visa garantir que: (a) só o juiz possa decretar a prisão preventiva; (b) que esta só se mantenha se e na medida em que for necessária para satisfazer os interesses da justiça penal; (c) que o detido tenha oportunidade de se defender (devendo para isso conhecer os fundamentos da medida); (d) que a prisão preventiva não exceda prazos razoáveis (devendo ser periodicamente reapreciada). O perfil constitucional da prisão preventiva sublinha o seu carácter excepcional, precário, fundamentado e temporalmente limitado” (ob. cit., p. 488).

<sup>781</sup> *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Org. Jorge Miranda e Rui Medeiros. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 659.

<sup>782</sup> Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, “a comunicação ao arguido das causas que determinarem a aplicação de medida de coacção adequada – na qual se inclui como é óbvio a prisão preventiva – deve transportar a exposição dos factos concretos que lhe são imputados (e não meras perguntas gerais e abstractas) de forma a garantir-lhe oportunidade de defesa de um crime doloso punível com pena de prisão superior a três anos (AcsTC n.ºs 416/03 e 607/03)” (idem, p. 489).

<sup>783</sup> *Derecho Procesal Penal*. Director Carlos Alberto Chiara Díaz. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2013, p. 565. Mariano La Rosa, relativamente ao sistema jurídico porteño, considera em síntese que: “En definitiva, se há delimitado que la privación de la libertad anterior a la sentencia definitiva solo será constitucionalmente admisible – como razonable restricción al derecho de todo habitante a permanecer en libertad durante el proceso – si responde a los siguientes fundamentos: a) debe existir un proceso penal determinado en el que el imputado aparezca, con gran probabilidad, sospechado de haber cometido un hecho punible reprimido con pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento; b) es necesario que el imputado haya podido conocer la imputación (intimación), contando con un defensor y oportunidades de defensa (que haya sido oído); c) básicamente, la libertad del imputado debe poner en peligro los fines del proceso; d) la decisión debe ser dictada por el juez natural y estar fundada en la comprobación fehaciente de los extremos que la justifican; e) aun frente a todos estos requisitos, el encarcelamiento preventivo no podrá ser aplicado si los peligros del proceso ya demostrados pueden ser neutralizados por medidas de aseguramiento menos cruentes; f) la privación de la libertad durante el proceso deberá finalizar no bien cesen las causas que la justificaron, y g) finalmente, un criterio rector: dado que la prisión provisional se asemeja em su apariencia externa a la pena

Na Espanha, com as Leis Orgânicas 13 e 15 de 2003, impõe-se a realização de uma audiência com o juiz, a fim de que o arguido possa se defender antes de confirmada a prisão (art. 505, *LECrim*). A propósito, registre-se que sem o pedido do *Ministerio Fiscal* ou de outra parte acusadora, o juiz ou Tribunal não pode decretar a prisão preventiva (art. 505.4º, *LECrim*)<sup>784</sup>.

Há um prazo de 72 (setenta e duas) horas para sua realização, dentro do qual, tanto o *Ministerio Fiscal*, quanto a defesa, podem indicar provas. Para tanto, o Advogado, terá acesso aos elementos que sejam essenciais à impugnação da requerida prisão preventiva (art. 505.3º, II, *LECrim*).

Essa audiência é consequência, para Gimeno Sendra, do direito à liberdade, pois trata-se de uma decisão grave que, invariavelmente, interfere em um direito fundamental<sup>785</sup>.

Walter Nunes recorda, particularmente em relação ao Brasil, que mesmo nos casos em que, dado a urgência da medida, como uma prisão preventiva para impedir a fuga do suspeito, o contraditório deve ser preservado, malgrado seja postergado no curso da instrução<sup>786</sup>. É que o art. 282, § 3º, do CPP brasileiro determina a intimação da parte contrária previamente a decretação da medida cautelar, salvo “os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida”<sup>787</sup>.

Destarte, o princípio do contraditório indica que a decretação da prisão preventiva deve preceder, quando possível, um debate sobre os motivos que basearam a medida. Com isso, garante-se ao arguido o direito de conhecer dessas razões, por conseguinte, sindicá-las, caso queira recorrer.

## 5. O princípio da limitação

---

privativa de la libertad, será repugnante al reglamento procesal que prevé la Constitución nacional todo encarcelamiento preventivo que se imponga como pena anticipada, es decir, fundado en la necesidad de aplicar, ya em el proceso, los fines de la pena estatal” (idem, p. 566).

<sup>784</sup> Em tom crítico, cf. TOMÉ GARCÍA, José Antonio; *Curso de Derecho Procesal Penal*, p. 299.

<sup>785</sup> *Idem*, p. 636.

<sup>786</sup> SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 415.

<sup>787</sup> *Idem*, *ibidem*.

Caso inexista um limite temporal à prisão preventiva, corre-se o risco dela se tornar uma antecipação de pena, circunstância essa incompatível com o Estado de Direito democrático, com o princípio da presunção de inocência e com a *Verbot der Wirkungsgleichheit*<sup>788</sup>(proibição de efeitos semelhantes).

No XV Congresso Internacional de Direito Penal de 1994, realizado no Rio de Janeiro, decidiu-se que a prisão preventiva também será ilícita quando sua duração for maior que o mínimo contido em *lei* e caso não se tenha nenhum prazo legalmente previsto, sua duração não deve passar da pena que possivelmente venha a ser aplicada pelo Tribunal, em razão das circunstâncias do caso<sup>789</sup>.

Por essa razão, toda prisão preventiva deve ser temporalmente limitada para preservar sua natureza cautelar, mormente respeitar o princípio da presunção de inocência, a dignidade da pessoa e a duração razoável do processo<sup>790</sup>.

Sem embargo, o princípio da “necesaria limitación temporal” integra o regime constitucional da prisão preventiva. É que toda pessoa privada de sua liberdade tem o direito de que o processo se finalize o mais rápido possível, uma vez que ‘si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad’<sup>791</sup>.

Jescheck e Krümpelmann consideravam centrais, à guisa de controlo da sua legalidade e da juridicidade, as seguintes ideias sobre sua duração. De início, impedir que ela siga injustamente à vista do desaparecimento dos motivos que lhe deram causa. Depois, caberia sua revogação, ainda que justa a decretação inicial, quando não fosse mais

---

<sup>788</sup> Segundo Gero Meinen, *Diese Formel vom ‘Verbot der Wirkungsgleichheit’ der Untersuchungshaft setzt dabei voraus, das der Grad der Belastung durch die Untersuchungshaft bzw. die Strafhaft nicht in der Person des Untersuchungsgefangenen ermittelt wird. Für ihn wird die Untersuchungshaft – vielleicht nicht immer, aber doch sehr häufig – schwerer wiegen als die Strafhaft. Dies gilt insbesondere dann, wenn bei letzterer an die Möglichkeit von Vollzugslockerungen oder an die Verbüßung im offenen Vollzug gedacht wird. Das Verbot der Wirkungsgleichheit erlangt nur Sinn, wenn man auf die mit dem Freiheitsentzug verbundenen Strafzwecke abstellt. Die Unschuldvermutung verbietet also nicht per se den Freiheitsentzug gegen einen nicht rechtskräftig Verurteilten. Sie erlaubt aber auch nicht mehr als den reinen Freiheitsentzug* (*Handbuch zum Strafverfahren*. Herausgegeben von Prof. Dr. Michael Heghmanns und Prof. Dr. Dr. Uwe Scheffler. München: Verlag C. H. Beck, 2008, p. 326-327).

<sup>789</sup> *Résolutions des Congrès de L’association Internationale de Droit Pénal* (1926-2014). *Revue Internationale de Droit Penal* (Vol. 86). *Association Internationale de Droit Pénal*. 86<sup>a</sup> année. Nouvelle série. ½ trimestres 2015., p. 599.

<sup>790</sup> Cf. PINTO, Ana Luisa; *A Celeridade no Processo Penal: o Direito à Decisão em Prazo Razoável*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

<sup>791</sup> BINDER, Alberto; *Introducción ao Derecho Procesal Penal*, p. 201.

necessária à garantia do processo. Por fim, os processos com réus presos devem tramitar mais rapidamente, dado o princípio da presunção de inocência<sup>792</sup>.

Deve-se, invariavelmente, limitar toda prisão sem condenação irreversível. É importante, para esse desiderato, a revisão periódica e a temporariedade dos mandados, sob pena de responsabilização das autoridades imbuídas desse reexame<sup>793</sup>.

Nesse sentido, Mariano La Rosa subscreve que “la meta de averiguar la verdad no pueda desequilibrarse a costa del ser humano”<sup>794</sup>. Deveras, o processo penal, que objetiva igualmente preservar os direitos individuais entre os quais a duração razoável do procedimento, não pode colocar sobre o suspeito o peso do retardo da marcha processual.

O CPP da Austria de 1873, por exemplo, destacava que só poderia manter a prisão preventiva, na medida em que persistisse os motivos que a determinaram. Francisco Fernandes, a propósito, recordava em relação ao art. 190º desse Código austríaco, que “se a causa que a originou foi haver elle tentado subornar testemunhas, peritos, ou os seus cúmplices, ou o receio de destruir os vestígios do crime, a detenção preventiva não pode ir além de tres mezes, o maximo”<sup>795</sup>. Na LECrim espanhola, há previsão nesse mesmo sentido. Não pode superar 6 (seis) meses, quando imposta no interesse de impedir a ocultação, alteração ou destruição das provas (art. 504.3º)<sup>796</sup>.

À vista das Regras de Tóquio de 1990<sup>797</sup>, o objectivo último da justiça penal é a reinserção social do delinquente. Sem embargo, reconhece de maneira clara a “prisão preventiva como medida de último recurso” (Regra 6). A regra n.º 6.2 dispõe, por outro lado, que “a prisão preventiva não deve durar mais que o necessário para atingir os objectivos enunciados na regra 6.1 e deve ser administrada com humanidade e respeito à dignidade da pessoa”.

---

<sup>792</sup> *Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht*. Bonn: Ludwig Rörscheid Verlag, 1971, p. 959.

<sup>793</sup> Segundo Jescheck e Krümpelmann, “Das wichtigste Mittel, die Haftdauer zu überwachen, sind periodische Haftprüfungen und kurz befristete Haftbefehle. Beide Einrichtungen treffen sich in derselben Funktion: sie sollen die Behörden zwingen, sich von Zeite zu Zeit Rechenschaft über den Fortbestand der Haftgründe abzulegen, zugleich aber treiben sie die Ermittlungsbehörden na, möglichst vor Ablauf der Haftfrist oder der nächsten Haftkontrolle das Verfahren abzuschließen. Sie bewirken also auch eine Verkürzung gerechtfertigter Untersuchungshaft” (*idem*, p. 960).

<sup>794</sup> *Ob. cit.*, p. 554.

<sup>795</sup> *Ob. cit.*, p. 88.

<sup>796</sup> Cf. TOMÉ GARCÍA, José Antonio; *Curso de Derecho Procesal Penal*, p. 297.

<sup>797</sup> Resolução n. 45/110, de 14 de dezembro de 1990 (Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade).



No caso da Convenção EDH de 1950, muito embora não subsista regra clara de limitação temporal da prisão preventiva, seu art. 5º, n.º 3 exige um prazo razoável para a duração do processo ou que o arguido seja colocado em liberdade.

Portanto, não se admite uma prisão preventiva sem delimitação de prazo. Para a Corte EDH, também inexistiu um prazo específico, porém decidiu-se já que o Estado deve indicar as razões necessárias para prolongar a prisão preventiva.

De todo modo, deve-se impor uma cadência especial aos casos criminais com réus presos (*Stögmüller vs. Germany*). Na verdade, há diversas decisões e sobre os mais variados prazos na Corte EDH. Por exemplo, reconhecendo o excesso, cuja duração supere 2 (dois) anos e 6 (seis) meses<sup>798</sup> ou que não passe de 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses, nos casos de terrorismo e associações criminosas (*Tomasi v. França*)<sup>799</sup>.

O art. 27º, n.º 3, da CRP reza que a liberdade pode até ser restringida, mas dentro do tempo e das condições legalmente previstas. Especificamente em relação à prisão preventiva, consigna o art. 28 (4) que “a prisão preventiva está sujeita aos prazos estabelecidos em lei”.

Gomes Canotilho vê o art. 27º como uma regra de dimensão processual da prisão preventiva. Para ele, “o perfil constitucional da prisão preventiva sublinha o seu carácter excepcional, precário, fundamentado e temporalmente limitados”<sup>800</sup>.

No tocante ao prazo, ressalta “que a prisão preventiva não exceda prazos razoáveis (devendo ser periodicamente reapreciada)”<sup>801</sup>. Conclui ao dizer que, “a prisão preventiva não pode deixar de ser temporalmente limitada”<sup>802</sup>.

Os prazos serão fixados, levando em consideração o princípio da proporcionalidade<sup>803</sup>. Canotilho e Moreira ressalvam, porém, a duvidosa constitucionalidade da extensão dos prazos relativos à prisão preventiva, com apoio na

---

<sup>798</sup> JACOBS, Francis G.; WHITE, Robin; *The European Convention on Human Rights*, p. 138.

<sup>799</sup> Sobre os diversos prazos no âmbito da Corte EDH, cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo; *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 580.

<sup>800</sup> *Idem*, p. 488.

<sup>801</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>802</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>803</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital; *idem*, p. 490.

suposta complexidade dos casos, por isso o dever de observar, de igual sorte, o princípio da proibição do excesso<sup>804</sup>.

Segundo Lobo Moutinho, como consequência da natureza excepcional da prisão preventiva, ela deve ser delimitada temporalmente<sup>805</sup>. No entanto, não é comum a fixação desses prazos no corpo da Constituição. Porém, o art. 28º, n.º 4, da CRP determina que a medida sujeitar-se-á aos prazos legais, ou seja, impõe uma limitação temporal.

Em relação aos prazos de duração da prisão preventiva contidos no art. 215º, do CPP de 1987, convém destacar que a prisão preventiva, ordinariamente, não pode passar de um ano e dois meses sem condenação em 1º instância (art. 215º, n.º 1, c), CPP), bem como de um ano e seis meses caso não ocorra o trânsito em julgado da sentença (art. 215º, n.º 1, d), CPP). Há uma elevação desses prazos nos casos que envolvam grave criminalidade, nos termos do art. 215º, n.º 2, do CPP.

Para Augusto Silva Dias, tais prazos continuam em descompasso com o princípio da presunção de inocência<sup>806</sup>. Para ele, “é paradoxal que alguém que se presume inocente, numa época de tão intensa aceleração do tempo, possa estar preso durante ano e meio, em termos gerais [artigo 215, n.º 1, al. d)] ou 3 anos e 4 meses, em circunstâncias especiais (artigo 215, n.º 3)”<sup>807</sup>.

Ele propõe então, visto que o sistema penal português promove uma política de substituição da pena de prisão, que esse prazo não supere o período de um ano, “para que o tempo de prisão preventiva não se confundisse com o tempo de prisão efectiva”<sup>808</sup>.

Para Teresa Armenta Deu, a provisoriedade da medida cautelar tem haver também com a garantia constitucional do prazo razoável, bem como com a natureza instrumental da medida<sup>809</sup>, por isso mesmo, uma cautelar processual.

Nesse caso, o art. 17.4 da Constituição da Espanha impõe que subsista um prazo máximo de duração da prisão preventiva<sup>810</sup>. Em regra, são dois anos, a teor do art. 504, da

---

<sup>804</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>805</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 665.

<sup>806</sup> A prisão preventiva após a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal: foi superada a crise? *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, p. 1386.

<sup>807</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>808</sup> *Idem*, p. 1387.

<sup>809</sup> *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Octava edición. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 223.

LECrim. Como visto, mostra-se interessante a previsão do art. 504.2 da LECrim, quando limita em 6 (seis) meses o prazo de prisão preventiva à vista de impedir a ocultação, alteração ou destruição de fontes de prova<sup>811</sup>.

Esta matéria, limitação temporal da prisão preventiva, também possui assento constitucional na Itália. O art. 13, *comma* 5 prevê que a *lei* deve estabelecer um limite máximo à prisão preventiva.

Paolo Tonini explica que um limite máximo para a prisão preventiva cumpre duas garantias constitucionais. De início, uma que se refere ao sobredito art. 13, que determina a existência de limites legalmente previstos. Depois, para impedir a antecipação de pena, na esteira do que prevê o art. 27, *comma* 2, da Constituição, que versa sobre a presunção de inocência<sup>812</sup>.

Por exemplo, o art. 303, do CPP italiano, prevê diversos prazos de duração máxima da prisão preventiva, tendo como parâmetro o quantitativo de pena em abstrato prevista. No caso de crimes, cuja pena máxima supere 20 (vinte) anos de reclusão, a prisão preventiva perde eficácia no prazo de um ano e seis meses (art. 303, *b*, 3, CPP).

No direito alemão, por conta do § 121 StPO, a prisão preventiva não pode durar mais de 6 (seis) meses. Sua prorrogação (*Verlängerung*) está sujeito à determinados pressupostos<sup>813</sup>, como a dificuldade e extensão da investigação ou qualquer outro motivo importante que justifique a continuação da prisão (§ 121, (1) StPO)<sup>814</sup>. Todavia, quando a

---

<sup>810</sup> Artículo 17. 4. La ley regulará un procedimiento de hábeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

<sup>811</sup> DEU, Teresa Armenta; *idem*, p. 224.

<sup>812</sup> Segundo Tonini: “Il termine massimo è stato posto allo scopo di attuare due garanzie costituzionali. In primo luogo, quella prevista dall’art. 13, comma 5, Cost., secondo cui la legge deve stabilire «i limiti massimi della carcerazione preventiva». In secondo luogo, la garanzia prevista dall’art. 27, comma 2, Cost. che vieta di anticipare la rischierrebbe di diventare, di fatto, una ‘anticipazione’ della sanzione, ove no fosse previsto un termine massimo per la sua applicazione. L’istituto della decorrenza del termine serve, pertanto, ad evitare che nell’applicazione pratica venga stravolta la funzione ‘cautelare’ delle misure coercitive” (*Manuale di Procedura Penale*, p. 471).

<sup>813</sup> Segundo Schroeder e Verrel, “Die gerichtlichen, insbesondere verfassungsgerichtlichen, Anforderungen na die Möglichkeit der Verlängerung bei besonderer Schwierigkeit der Ermittlungen oder einem anderen wichtigen Grund steigen laufend. Kein wichtiger Grund ist die unzulängliche Personalausstattung der Justiz” (*Strafprozessrecht*, p. 100).

<sup>814</sup> Cf. SCHULTHEIS, Ullrich; *Karlsruher Kommentar. Strafprozessordnung*, p. 766-769.

prisão se deu motivada pelo perigo de reiteração criminosa, o § 122 a, StPO determina que essa duração não pode exceder o prazo de 1 (um) ano<sup>815</sup>.

Christian Laue, nesse sentido, escreve que o comando do § 121 StPO significa uma limitação temporal à prisão preventiva (*Untersuchungshaft*), no compasso do imperativo da celeridade processual previsto no art. 5º, n. 3, da Convenção EDH, bem como com o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzips*)<sup>816</sup>.

Na França, também há limitação temporal à prisão preventiva (*détention provisoire*)<sup>817</sup>. *In casu*, condicionada à quantidade de pena prevista no Código, o prazo da prisão preventiva pode variar entre 4 (quatro) meses (duração normal) a 4 (quatro) anos (terrorismo), consoante a gravidade do crime, na esteira do que dispõe o art. 145.2, do CPP francês.

De modo geral, Nieva Fenoll critica esses prazos, pois não seguem qualquer tipo de critério na sua positivação<sup>818</sup>. De facto, não subsiste uma racionalidade em relação aos prazos máximos de duração da prisão preventiva. Por isso, recomenda-se que a prisão preventiva não poderia durar mais que um percentual estabelecido em relação a pena prevista no Código Penal.

Em relação à temporariedade, comenta José Ramón Piñol Rodríguez, relativamente à regra contida no art. 502.2 LECrim: «*La temporalidad, para que la medida pueda considerarse que es un recurso inevitable para salvaguardar el buen fin del*

---

<sup>815</sup> GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El Proceso Penal Aleman. Introduccion y Normas Basicas*. Barcelona: Bosch, 1985, p. 110.

<sup>816</sup> LAUE, Christian; *Gesamtes Strafrecht. StGB/StPO/Nebengesetze. Handkommentar*. Hrsg. Dölling/Duttge/König/Rössner [Hrsg.] 4. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 2450; cf. SCHMITT, Bertram; *Strafprozessordnung*, p. 590.

<sup>817</sup> De acordo com Bernard Bouloc, “Il faut rappeler que la convention européenne des droits de l’homme (art. 5-3) formule le droit des personnes détenues à être «jugées» dans un délai raisonnable ou libérées pendant la procédure. Aussi bien, l’art. 144-1 rappelle que la détention ne peut excéder une durée raisonnable, eu égard à la gravité des faits reprochés et à la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité. Le juge d’instruction et le juge des libertés doivent ordonner la mise en liberté immédiate dès que les conditions prévues par ce texte ou par l’article 144 du Code de procédure pénale ne sont plus remplies. En outre, pour inciter les magistrats instructeurs à plus de célérité, la loi, de plus en plus, fixe des durées maximales à la détention. Cette durée ne fait pas obstacle, parfois, à une prolongation de la détention. Dans d’autres cas, la loi sanctionne par une mise en liberté d’office, le non-respect de certains délais. Enfin, elle permet, bien évidemment, à l’intéressé de solliciter sa mise en liberté” (*Procédure pénale*, p. 734-735).

<sup>818</sup> Segundo Jordi Fenoll, “Es por ello por lo que quizás sería recomendable que la prisión provisional no pudiera durar nunca más allá de um porcentaje de la pena a imponer, con el limite del tempo que parezca razonable para conducir esa investigación. Por desgracia, los cálculos provisionales de la pena a imponer son sumamente inseguros, y el tempo que va a durar una investigación es muchas veces incierto, por lo que ambos criterios son inválidos. De hecho, están basados en las orientaciones que hasta ahora han seguido los legisladores, que han arrojado los caóticos resultados reseñados” (*ob. cit.*, p. 193).

*proceso, y no una pena anticipada, la medida debe tener una limitación clara, pues no es acorde con la presunción de inocencia, una situación indefinida de privación de libertad»<sup>819</sup>.*

Não há, portanto, um prazo comum aplicado pela Espanha, Portugal, Itália, França e Alemanha. Seria oportuno, então, a edição de uma *directiva* da União Europeia, no afã de uniformizá-los, dentro de uma perspectiva de regras básicas e comuns do processo penal europeu<sup>820</sup>.

---

<sup>819</sup> *Derecho Procesal Penal*, p. 439.

820

*O Código que em seguida se apresenta poderá constituir uma peça fundamental do diálogo, sempre em aberto e sempre renovado, entre a vertente liberal e a vertente social do Estado de Direito democrático, entre a justiça e a eficiência na aplicação da lei penal, entre as exigências de segurança da comunidade e de respeito pelos direitos das pessoas (Figueiredo Dias, Preâmbulo do CPP de 1987)*

## **CAPÍTULO II – OS PRINCÍPIOS LEGAIS DE APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PORTUGAL**

Têm-se por regras legais todas aquelas que não possuem o mesmo *status* de regra constitucional. Essas, normalmente, estão presentes nos códigos e leis extravagantes. O CPP português de 1987, nesse sentido, regulamenta as disposições constitucionais pertinentes ao sistema jurídico-processual penal nacional, com diversas digressões específicas não típicas de positivação constitucional.

Há, com não menos importância, princípios contidos no Código que constituem as chaves essenciais à validade da prisão preventiva, bem como à regulamentação da política criminal portuguesa que fez a opção pela subsidiariedade da medida de coação concernente à prisão preventiva. É notório o propósito de incentivar medidas descarceradoras como a obrigação de permanência na habitação, entre outras coercitivas, à vista da prisão preventiva como *ultima ratio*. Tais princípios, organizados e sistematizados por Figueiredo Dias<sup>821</sup>, previamente à CRP de 1976, somados ao direito de defesa e ao

---

<sup>821</sup> Cf. Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 28. N.º 1. Janeiro-abril 2018. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 129-146.

princípio da presunção de inocência, são condições *sine qua non* à validação da prisão preventiva<sup>822</sup>.

Segundo Maria João Antunes, “a lei processual penal sujeita a aplicação das medidas de coação a um conjunto de princípios – os princípios da legalidade, necessidade, adequação, proporcionalidade, subsidiariedade da prisão preventiva e da obrigação de permanência na habitação e precariedade”<sup>823</sup>.

Particularmente, os princípios de aplicação concernentes à legalidade, necessidade, adequação e proporcionalidade, estão contidos nos artigos n.º 191 e 192, do CPP. Eles inauguram um regime normativo específico às medidas de coação, circunstância essa que nos permite reafirmar a necessidade de um estudo particularizado em relação às medidas cautelares de outros ramos do direito.

## 1. O princípio da legalidade

Eduardo Correia observou, *contrario sensu* à Fautin Helie, que caberia à *lei*, quiça à própria *Constituição*, indicar as regras, mais ou menos detalhadas, mais ou menos severa, que legitime ou limite as atividades dos órgãos legais, por obviamente não ser possível confiar às autoridades, o exame da complexa tensão entre a liberdade pessoal e o interesse do Estado na realização da justiça penal<sup>824</sup>.

---

<sup>822</sup> Segundo Tereza Pizarro Beleza, “Mesmo antes da Constituição de 1976, FIGUEIREDO DIAS apresentou de forma clara e inequívoca as grandes linhas de força que fariam de presidir ao regime das medidas de coação recebido no Código de Processo Penal (CCP) de 1987: necessidade, legalidade e subsidiariedade das medidas mais graves. Nas vésperas da entrada em vigor do novo código o tema era retomado, apesar da extensa regulação a que era sujeito nos arts. 193.º e segs. do novo diploma. Analisando a possibilidade de o arguido ser sujeito a medidas de coação durante o processo, FIGUEIREDO DIAS reafirmava então a vigência dos grandes princípios neste domínio (necessidade, adequação, proporcionalidade, subsidiariedade e precariedade, traduzidos integralmente no art. 193º do novo CPP), devidamente enquadrados pela necessidade de garantir (de forma efectiva e consistente, sublinhava) o direito de defesa e preservar a presunção de inocência até o trânsito em julgado. E de forma mais prescritiva afirmava, como decorrência dos princípios constitucionais, que só deveriam ser aplicadas as medidas que ainda se mostrem comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente. Princípios e regras no essencial acolhidos no novo Código de Processo Penal que, inclusivamente, quanto à prisão preventiva, era objecto de cuidados redobrados pelo legislador, com cláusulas de subsidiariedade expressa e reforçada (arts. 193.º, n.º 2, n.º 1, do CPP) e com um regime especial de reexame dos seus pressupostos (art. 213º CPP)” (*ob. cit.*, p. 674).

<sup>823</sup> *Direito Processual Penal*, p. 135.

<sup>824</sup> *La Detention avant jugement*, p. 77.

O princípio da legalidade traduz a necessidade de existir previsão expressa em *lei*, que autorize ao Estado impor uma obrigação contra alguém, sobretudo no campo dos direitos individuais<sup>825</sup>.

No caso da prisão preventiva, deduz-se que ela deve estar no catálogo legal das medidas de coação passíveis de aplicação<sup>826</sup> e seus objetivos estão vinculados aos fins de natureza cautelar<sup>827</sup>.

Por isso, mesmo que cumuladas com outras medidas, cuida-se de *reserva legal estrita*, razão pela qual, qualquer restrição dos direitos fundamentais deve corresponder a um dispositivo legal que permita sua imposição.

Há, por conta desse princípio, diversas consequências, entre as quais, a estrita observância dos limites previstos em lei para a validade da decretação, manutenção ou sustação da decisão que ordenou a prisão preventiva.

Para Vincenzo Garofoli, tendo em conta que a Constituição reconhece a liberdade pessoal como bem inviolável, por isso mesmo sua restrição só seria admissível por decisão judicial – nos casos e na forma prevista em *lei* – haveria, de conseguinte, uma reserva legal e jurisdicional<sup>828</sup>. No caso italiano, nos termos do art. 272, do CPP, não cabe medida cautelar diversa da prevista no Código<sup>829</sup>.

Odone Sanguiné usa a expressão *nulla coactio sine lege* para se referir à necessidade de previsão legal clara e precisa, por isso mesmo estrita, das espécies possíveis de incidência de uma medida cautelar. Com consequência, uma prisão preventiva só será válida caso subsista previsão específica em lei, com os contornos que a regra permitir.

Destarte, o princípio da legalidade incide sobre as medidas cautelares, particularmente em relação à prisão preventiva, quando reclama delimitação das hipóteses de medidas cautelares de natureza processual penal. Por isso mesmo, pressupõe um *numerus clausus* de situação em que a lei a autoriza<sup>830</sup>.

---

<sup>825</sup> Cf. KÜHNE, Hans-Heiner; *Strafprozessrecht*, p. 165.

<sup>826</sup> Cf. BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*, p. 17-18.

<sup>827</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo; *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 590.

<sup>828</sup> *Diritto processuale penale*, p. 251.

<sup>829</sup> Segundo Vincenzo Garofoli, “La riserva di legge fornisce una garanzia forte contro qualsiasi utilizzo persecutorio dello strumento cautelare che potrebbe verificarsi con l’uso di fonti normative meno garantite di quella legislativa” (*ob. cit.*, p. 250).

<sup>830</sup> SANGUINÉ, Odone; *ob. cit.*, p. 69.



Para Odone Sanguiné, «o respeito ao princípio da tipicidade processual das normas cautelares penais na regulação dos casos que justificam na privação de liberdade é uma condição imprescindível para a efetiva proteção constitucional do direito e permite aferir se a prisão provisória foi decretada ou mantida em estrita conformidade ou com desvio da finalidade prevista pelo legislador»<sup>831</sup>.

Como consequência do art. 191, n.º 1, do CPP português, bem como do art. 18, n.ºs 2 e 3 da CRP, as medidas de coação devem estar previstas em lei e não cabe ao juiz inovar. Por essa razão, a prisão preventiva deve seguir o roteiro previsto no art. 202º.

O princípio da legalidade, desta feita, pode ser compreendido como a tipicidade das medidas de coação<sup>832</sup>. Quer dizer, concretiza-se quando as medidas estão previstas de maneira exaustiva, sem margem à criação jurisdicional de nova modalidade (*mixtum compositum*)<sup>833</sup>. Por isso, cabe ao juiz impor a prisão preventiva quando necessária sobretudo às exigências processuais cautelares dentro dos limites legais.

Em resumo, o princípio da legalidade corresponde à “impossibilidade de aplicação de medida de coação que a lei não preveja”<sup>834</sup>. Isso não significa, por outro lado, vedação a cumulação de medidas de coação (art. 213º). É possível o pagamento de caução com a obrigação de permanência na habitação, sem que isso configure inovação legislativa. Só não faz sentido, exigir caução para o preso preventivamente.

O controlo da legalidade da prisão preventiva é recorrente na Corte EDH. Por exemplo, no caso *R.L. e M.J.D. vs. França*<sup>835</sup>, discutiu-se a licitude da prisão preventiva contra a tese defensiva da não prática de qualquer infração, bem como da não demonstração da perigosidade.

Interpretou-se o art. 5º, n.º 1, da Convenção EDH, no sentido de que as condições do direito interno que tocam à prisão preventiva devem ser sopesadas pelos tribunais

---

<sup>831</sup> *Idem*, p. 69.

<sup>832</sup> No ponto, comenta João Castro e Souza que “o n.º do art. 191.º ao mesmo tempo que consagra o princípio da legalidade ou da tipicidade das medidas – o qual vem a ser concretizado pela sua enumeração tipificada e exaustiva no Capítulo I do Título II e no Título III do Livro IV – afirma o princípio da sua necessidade ao estatuir que só exigências processuais de natureza cautelar podem justificar uma limitação, total ou parcial, à liberdade das pessoas (*idem*, p. 151).

<sup>833</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo; *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 590.

<sup>834</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de; *idem*, p. 168.

<sup>835</sup> Decisão de 19 de maio de 2004.

nacionais. Contudo, caso não observado o direito interno, compete ao Tribunal de Estrasburgo exercer o respectivo controlo.

Entre outras considerações, a Corte EDH destacou que a “privação de liberdade é uma medida de tal gravidade que só se justifica quando outras medidas menos severas se revelem insuficientes para proteger o interesse individual ou público”<sup>836</sup>. Com isso, concluiu-se que “existiu violação do artigo 5º, § 1º, alíneas c) e e) da Convenção”<sup>837</sup>.

No caso *J.G. vs. Polónia*<sup>838</sup>, a Corte reconheceu que depois de determinado período, não basta a persistência da suspeita razoável da prática de um crime para sustentar a prisão preventiva. Por isso mesmo, os tribunais devem considerar outras razões que a motivem. Daí, “para determinar se tais fundamentos são relevantes e suficientes, impõe-se também verificar se as autoridades nacionais competentes revelaram diligência especial na condução do processo”<sup>839</sup>.

De destacar, que o CPP de 1987 traz consigo a medida de “obrigação de permanência na habitação” (art. 198º). Trata-se de uma “das maiores inovações do direito processual penal português”<sup>840</sup>. Essa medida só possível, porquanto há previsão expressa nesse sentido. Ela está em absoluta sintonia com a política criminal de descarcerização, que avança, no mundo todo, principalmente nos países da União.

Em 1998, nova previsão importante às medidas de coação, cuida-se da Lei n.º 33 de 2010 que instituiu a vigilância eletrônica, em sintonia com a política criminal de descarceramento.

Essas medidas, naturalmente, podem ser impostas, pois legalmente previstas, mas especialmente porque são menos invasivas em relação à liberdade de quem detém a condição de inocente presumido.

Portanto, toda medida que implique a restrição de direitos supõe uma previsão legal, pois inerente ao Estado de direito. No caso das medidas de coação, o art. 18º, n.º 2 e

---

<sup>836</sup> GASPAR, António Henriques; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 15. N. 4. Outubro-Dezembro 2005. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 633.

<sup>837</sup> GASPAR, António Henriques; *idem*, p. 633.

<sup>838</sup> Decisão de 6 de abril de 2004.

<sup>839</sup> GASPAR, António Henriques; *idem*, p. 634.

<sup>840</sup> *Direito Processual Penal*, *ob. cit.*, p. 136.

3, da CRP indica que tais restrições devem seguir um enquadramento jurídico-constitucional, limitadas à salvaguarda de outros direitos<sup>841</sup>.

No caso das medidas de coação, que necessariamente supõe intervenção nas esferas de liberdade do arguido, o princípio da legalidade das medidas de coação consubstancia-se na reserva legal ou tipicidade delas. Na síntese de Pinto de Albuquerque, “consiste em que só pode ser aplicada medida de coacção ou de garantia patrimonial prevista na lei e para os fins de natureza cautelar nela previstos”<sup>842</sup>.

Com isso, a prisão preventiva só terá lugar levando em conta o quadro legal descrito no CPP, sob a diretriz do art. 27º, n.º 3, b), da CRP. Portanto, dentro da espécie normativa correspondente. De todo modo, vinculada aos fins da medida, indissociáveis que são dos objetivos de impedir a fuga do arguido ou a inquinação, até mesmo, a destruição das provas, assim como evitar novas ocorrências, à vista da preservação da ordem e tranquilidade pública.

Lá está gravado que se exceptua o direito à liberdade, dentro das condições que a lei determinar, mormente nos casos delimitados pela Constituição. Tanto que o TC, no Acórdão n.º 1.166/1996 considerou a liberdade como a pedra angular da sociedade.

Por isso mesmo, o TC vem decidindo (Acórdão n.º 479/1994), pelo princípio da tipicidade da privação da liberdade. Então, qualquer coação sobre a liberdade pessoal só será admitida quando prevista em *lei*, segundo as hipóteses e modo de restrição lá descrita, ou seja, levando em conta a forma de aplicação<sup>843</sup>.

Para além disso, preocupou-se o legislador português, por ocasião do CPP de 1987, deixar à evidência os propósitos das medidas de coacção, quanto prescreveu no art. 191.º, n.º 1, o princípio da legalidade, no sentido de que “liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coacção e de garantia patrimonial previstas na lei”. Com isso, o legislador vincula a prisão preventiva às necessidades cautelares do processo penal, dado que ela constitui uma medida de coacção, *ex vi* do art. 202, do CPP.

Segundo Maria João Antunes, “o artigo 191.º, n.º 1, explicita o princípio da legalidade ou da tipicidade, no preciso sentido de só poderem ser aplicadas as medidas de

---

<sup>841</sup> Cf. MOUTINHO, José Lobo; *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 637 e ss.

<sup>842</sup> *Comentário ao Código de Processo Penal*, p. 590.

<sup>843</sup> MOSCARINI, Paolo; DI BITONTO, Maria Lucia; *Introduzione alla Procedura Penale*, p. 27.

coacção previstas na lei, porque só esta, de acordo com o art. 18º, n.º 2 e 3, da CRP, pode restringir direitos, liberdades e garantias”<sup>844</sup>.

Então, quando se trata de medida de coacção, essa deve seguir o princípio da legalidade, compreendido no sentido da taxatividade da medida, portanto, especificamente limitada segundo os critérios postos pelo legislador. Em outras palavras, dentro de uma reserva legal (*riserva di legge*)<sup>845</sup>. Embora o juiz possua certa discricionariedade na avaliação do caso concreto, mesmo invocando o princípio da proporcionalidade para fins de aplicação da medida, ele não possui competência inovadora.

Aliás, o TC reiterou que “primacialmente ao legislador que incumbe fazer a avaliação sobre a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito dessa intervenção” (Acórdão n.º 104/2019). Decerto, há discricionariedade, porém dentro da margem indicada no Código, ou seja, uma *discrionarietà vincolada*. Portanto, cumpre ao aplicador levar em conta, de maneira restrita e precisa, quais os requisitos da prisão preventiva.

## 2. O princípio da necessidade

Expresso no art. 193º, n.º 1, do CPP português, o princípio da necessidade reclama um exame a partir de duas perspectivas, uma em sentido amplo e outra em sentido restrito.

É que sua incidência ocorre em dois momentos. O primeiro para mostrar que a supressão da liberdade deve ser a derradeira opção, dado a dignidade humana e o princípio da presunção de inocência. O segundo para revelar que somente em situações legalmente especificadas, ou seja, categoricamente previstas na legislação, haveria respaldo para a prisão preventiva, indissociáveis, de qualquer modo, de fins processuais penais de natureza cautelar<sup>846</sup>.

---

<sup>844</sup> *O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção*, p. 1252.

<sup>845</sup> APRILE, Ercole; D'ARCANGELO, Fabrizio; *Le Misure Cautelari nel processo Penale*, p. 12.

<sup>846</sup> Bovino, por essa perspectiva, considera que “la detención preventiva, como medida cautelar, sólo puede tener fins procesales” (*Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, p. 136-137), motivo pelo qual ele não vê legitimidade quando essa medida persegue fins retributivos ou preventivos próprios da pena. Por outro lado, ele não divisa legitimidade, mesmo quando a prisão preventiva busca impedir que o imputado cometa novos crimes (*idem, ibidem*).

A propósito, Francesco Zacchè recorda que, se o processo penal tem por primeira competência verificar a responsabilidade por uma fato penalmente relevante, a prisão preventiva deveria pelo menos ser uma medida excepcional contida dentro dos limites da estrita necessidade, na consonância com o princípio da presunção de inocência e da inviolabilidade do direito à liberdade pessoal<sup>847</sup>.

## 2.1 A necessidade da prisão preventiva *lato sensu*

No Congresso Internacional para a prevenção e repressão do crime em Londres no ano de 1872, Francesco Carrara discorreu sobre a “imoralidade da prisão preventiva”<sup>848</sup>.

---

<sup>847</sup> *Criterio di necessità e misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Editore, 2018, p. 2.

<sup>848</sup> Tendo em conta sua referência histórica, convém reproduzir as palavras de Francesco Carrara: “Tutti riconoscono che la carcerazione degli imputati prima della condanna è una ingiustizia, perchè per sostetti troppe volte fallaci si reca lo scompiglio nelle famiglie, e si privano della loro libertà cittadini spesso onestissimi, e dei quali sessanta sopra cento al termine del processo o al termine del giudizio sono poi chiariti innocenti. Ma si è soggiunto che questa è una ingiustizia necessaria: e la custodia preventiva si è dovuta ammettere dalle leggi penali. Necessaria – per formare il processo scritto, onde il giudice possa interrogare lo imputato ad ogni bisogno della istruzione. Ma questa ragione cessa quando i costiti sono esauriti. Necessaria – per raggiungere la verità, togliendo all’imputato i mezzi di subornare o intimidire i testimoni, o distruggere le vestigia e le prove del suo reato. Ma questa ragione cessa quando il processo è compito. Necessaria – per la sicurezza affinchè lo imputato non abbia potestà, pendente il processo, di continuare nei suoi delitti. Ma questa ragione non ha luogo quando trattasi di reati commessi per una occasione o passione speciale che non offre i caratteri dell’abitudine. Necessaria – per raggiungere la pena, affinchè il reo non si sottragga alla medesima con la fuga. Ma questa ragione non ha luogo quando trattasi di reati ai quali è micacciata una punizione che è proporzionalmente meno grave del bando perpetuo dalla patria. Se tali necessità sono la sola giustificazione possibile di quella ingiustizia, è manifesto che questa non è tollerabile, ed è un atto di vera tirannide dove cessano le anzidette ragioni. E di fatto i legislatori che veramente amano proteggere la libertà hanno limitato la carcerazione preventiva nel cerchio che le viene imposto dagli anzidetti criterii: e così erasi fatto con molto senno ed umanità nel già Granducato di Toscana dai Principi dispotici. Ma non così nel Regno d’Italia dove il nuovo codice di procedura penale del 1865 ha fatto de della custodia preventiva il più intollerabile abuso, estendendola ai più lievi e insignificanti reati con universale lamento. Ma se i giuristi lamentano siffatto abuso sotto il punto di vista dell’ingiusto spoglio delle libertà individuali; non è questo l’aspetto nel quale io deploro gli effetti sinistri di quello abuso. Io lo guardo nel suo rapporto economico, e nel suo rapporto con la pubblica moralità. Sotto il punto di vista economico io credo che lo strabocchevole (1) abuso fatto da da alcuni legislatori della custodia preventiva sia una delle causa che maggiormente osteggiano la completa ed universale attuazione del sistema penitenziario. Infatti la obiezione pratica, che fu in moltissimi stati più potente di ogni altra a ritardare il complemento di una riforma riconosciuta ormai da ogni saggio come doverosa, fu quella che si trasse dalle difficoltà finanziarie. Si osservò che sostituendo alle galere il sistema cellulare si esponeva il pubblico erario ad esorbitante dispendio. E le cifre richieste dalla costruzione dei nuovi locali e dal successivo aumento del personale e di spese di di manutenzione, si elevarono cotanto alto che la difficoltà si convertì quasi in una assoluta impossibilità. Ora con nuovi metodi di coercizione domiciliare e con ridurre la detenzione preventiva ai soli casi nei quali veramente ricorre quella necessità che sola può renderne tollerabile la ingiustizia, si verrebbero a mettere a disposizione dei governi molti e molti locali che oggi si riempiono di cittadini onesti incarcerati per meri

Lucchini, por sua vez, desenvolveu diversos argumentos, indicou dados e números estatísticos, “para revelar os males e os perigos da prisão preventiva e para aconselhar a máxima prudência no uso dela, que deve restringir-se aos casos absolutamente necessários, mas não abolir-se”<sup>849</sup>.

Luigi Ferrajoli, por oportuno, recorda que os principais pensadores do período iluminista como Voltaire, Diderot, Filangieri, Condorcet, Pagano, Bentham, Constant, Hobbes, Beccaria e Lauzé di Peret, contestavam a prisão preventiva, dado a atrocidade, a barbárie, a injustiça e a imoralidade decorrente do seu emprego, por isso advogavam sua limitação, para que somente pudesse ser imposta nas hipóteses de estrita necessidade do processo<sup>850</sup>.

Por outro pêndulo, Francisco Fernandes escrevera em 1896 que «*é raro encontrar um escriptor quer de processo criminal, quer de direito constitucional, que negue in limine a necessidade da prisão preventiva e proponha a sua abolição radical. As divergências accentuam-se sómente, quando buscam determinar o fundamento que a legitima e traçar os limites dentro dos quaes deve conter-se*»<sup>851</sup>.

Beccaria considerava que, por ser a privação da liberdade uma pena, reclamava uma sentença prévia para sua imposição, senão quando a necessidade se revelar imperiosa para impedir a fuga do imputado ou a ocultação das provas do crime. Em que pese, deveria durar o menor tempo possível e não poderia ser tão dura<sup>852</sup>.

Esse propósito de natureza cautelar, nomeadamente em relação à legitimidade da prisão preventiva, indica que essa medida, caso usada para antecipar a pena ou cagir o arguido a realizar uma colaboração premiada, por exemplo<sup>853</sup>, não será compatível com o

---

sospetti; e si farebbe risparmio delle vistossissime spese (1) che porta seco il sistema a dismisura allargato della carcerazione preventiva. E queste economie di spese e di locali potrebbbero grandemente diminuire le difficoltà pecuniarie che osteggiano il sistema penitenziario. Dico inoltre che tanta precipitazione e tanta mania di carcere prima della condanna definitiva per semplici sospetti di falli anche leggerissimi, è una potente causa di demoralizzazione del popolo. Questa è la convinzione da me acquisita nell'esperienze del patronato dei rei da me sostenuto da oltre 40 anni a questa parte. La custodia preventiva demoralizza gli onesti che sventuratamente ne sono vittime” (*Opuscoli di Diritto Criminale*. Seconda Edizione. Vol. IV. Prato: Tipografia Giachetti, 1881, p. 299-302).

<sup>849</sup> *Apud* TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Volume 2. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3.

<sup>850</sup> *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*, p. 562.

<sup>851</sup> *Ob. cit.*, p. 68.

<sup>852</sup> *apud* FERRAJOLI, Luigi; *Diritto e ragione*, p. 562.

<sup>853</sup> Neste sentido, Vincenzo Garofoli quando considera que “(...) Oltre all’art. 13 Cost., immediatamente coinvolto nell’istituto delle misure cautelari, vi sono anche altre norme costituzionali che spiegano i loro

quadro legislativo, por conseguinte passível de correção ou investigação por abuso de autoridade.

Hélio Tornaghi comentava que a chave da resposta sobre a legitimidade e conveniência da prisão preventiva, diz respeito sobretudo a necessidade de sua imposição. Para ele: “Todas essas considerações levam a uma conclusão única: o uso da prisão provisória deve ser restringido aos casos de absoluta necessidade. Chega-se, pela experiência, ao mesmo ponto a que a razão já havia levado – a regra neste assunto tem de ser esta (princípio da necessidade): só prender quando estritamente necessário”<sup>854</sup>.

Tais medidas devem, concretamente, serem necessárias à satisfação de demandas processuais de natureza cautelar, ainda quando visam a impedir a prática de novos crimes, pois se observa neste ponto um propósito cautelar ligado à *segurança comunitária* e à *restauração da paz jurídica rompida com o crime*, concatenado com a função do direito penal de proteger os bens jurídicos dignos dessa tutela.

## 2.2 A necessidade da prisão preventiva *stricto sensu*

Para Maria João Antunes, “de acordo com o princípio da necessidade, as medidas de coação só podem ser aplicadas em função de exigências processuais de natureza cautelar”<sup>855</sup>. Em outras palavras, somente razões de natureza cautelar legitimam o emprego

---

effeti in questo campo. Si pensi all’art. 27 Cost. in tema di non considerazione di colpevolezza. Tale principio impone un utilizzo meno desinvolto possibile dello strumento cautelare perché questo non deve fungere da anticipazione di pena, né, tanto meno, da mezzo per costringere l’imputato a confessare. La misura cautelare deve assolvere alla funzione per la quale è nata: salvaguardare le esigenze cautelari così come tassativamente indicate dal legislatore” (*ob. cit.*, p. 250).

<sup>854</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>855</sup> Nesse sentido, leciona que “Só em função deste tipo de exigências é que a liberdade das pessoas pode ser limitada, total ou parcialmente (artigos 191º, n. 1º, primeira parte, e 193º, n.º , primeira parte, do CPP), legitimando-se desta forma a restrição do direito à liberdade, à luz de um princípio de proporcionalidade em sentido amplo (artigos 27º, n.º 1, e 18º, n.º 2, da CRP). As exigências processuais de natureza cautelar que legitimam a sujeição do arguido a uma medida de coação, sempre por referência ao caso concreto e ao momento em que ocorre a sua aplicação, são as previstas no art. 204º do CPP: fuga ou perigo de fuga; perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a atividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas”(Direito Processual Penal, p. 137).

das medidas de coação, dentre as quais a prisão preventiva, cujas exigências cautelares estão previstas no art. 204º, do CPP.

Por isso mesmo, somente nessas circunstâncias seria pertinente a subtração integral ou parcial do direito à liberdade da pessoa, considerando em qualquer situação o princípio da liberdade em sentido amplo<sup>856</sup>.

Decerto, reconhecemos que não permitir a fuga do arguido, preservar os meios de prova ou impedir a reiteração criminosa constituem legítimas exigências cautelares, porquanto necessárias à descoberta da verdade, à realização da justiça e à restauração da paz jurídica.

É o que impõe o art. 204º, do CPP português, quando trata das condições de aplicação das medidas de coação, ao consignar que nenhuma delas poderão ser impostas, com exceção do termo de identidade e residência (art.º 196º, CPP), caso não se verifique no momento da aplicação: a) fuga ou perigo de fuga; b) perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo à aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas.

Nessa mesma direção, para o Livro Verde da Comissão da União Europeia (COM [2011] 327), considerando que a prisão preventiva deve ser limitada por conta do princípio da presunção de inocência, ela teria lugar em circunstâncias específicas “por exemplo, só pode ser aplicada quando o tribunal determina que a pessoa em causa apresenta um risco significativo de fuga, uma ameaça para a segurança da comunidade, das vítimas ou das testemunhas, ou pode pôr em causa as investigações”.

Essa necessidade, relativamente à prisão preventiva, será igualmente consequência da inexistência de outras medidas hábeis a satisfazer aquelas exigências cautelares, consoante reza o art. 193º, n.º 2, do CPP português.

De maneira recorrente, a prisão preventiva é invocada, sobretudo para os setores responsáveis pela segurança pública, como resposta efetiva ao combate à criminalidade e à

---

<sup>856</sup> ANTUNES, Maria João; *idem, ibidem*.



insegurança<sup>857</sup>, a despeito desse escopo não corresponder tecnicamente aos desígnios processuais cautelares<sup>858</sup>.

De todo modo, caso se cogite a privação da liberdade, por força do art. 193º, n.º4, do CPP português, “deve ser dada preferência à obrigação de permanência na habitação sempre que ela se revele suficiente para satisfazer as exigências cautelares”.

Para Paulo Pinto de Albuquerque, “o princípio da necessidade consiste em que o fim visado pela concreta medida de coacção ou de garantia patrimonial decretada não pode ser obtido por outro meio menos oneroso para os direitos do argüido”<sup>859</sup>.

Então, tão-só na ausência de outros meios coercitivos, pode-se impor uma prisão preventiva<sup>860</sup>. Isso também, por conta do art. 202º do CPP português, por meio do qual só

---

<sup>857</sup> Essa excessiva intervenção penal, sob o pretexto de combate à criminalidade, revela uma tendência do Estado repressor (punitivo), quando na verdade problemas relacionados à insegurança podem ser consequências da diminuição do compromisso do Estado com a proteção social. É um paradoxo, requer-se mais Estado para reprimir a violência, que esse próprio Estado individual produz. Nessa senda, Anabela Miranda Rodrigues, tece precisas considerações, *in verbis*: “Por tudo isto, não é de se estranhar que se assita, hoje, à inflexão das políticas estaduais e a um redesenhar da fisionomia das sociedades europeias, atingidas por uma espécie de ‘pânico moral’ importado dos Estados Unidos da América. ‘O seu objectivo (...) é a delinquência dos ‘jovens’, as ‘violências urbanas’, as desordens de que os ‘bairros sensíveis’ seriam o caminho e as incivildades’ de que os seus habitantes seriam os primeiros culpados’. Dissimula-se, neste movimento, uma redefinição da função do Estado, que ‘se retira da arena económica e afirma a necessidade de reduzir o seu papel socializador e de alargar, endurecendo-a, a intervenção penal’. O ‘novo senso comum penal’ é ‘a tradução e complemento, em matéria de justiça, da ideologia económica e social baseada no individualismo. É, afinal, a política de emagrecimento do Estado providência. As ligações entre o declínio do sector social do Estado e o desenvolvimento do seu braço penal são evidentes. Em simultâneo com o pedido de ‘menos Estado’ na ordenação económica e social exige-se ‘mais Estado’ para encobri e conter as consequências sociais deletérias onde se verifica a deterioração da protecção social. O Estado individualista deve ser também um Estado punitivo. O aumento da demanda de segurança relativiza a demanda de liberdade. A segurança – estritamente definida em termos físicos e não de risco para a vida (salarial, social, médica ou educativa) – emerge como prioridade da acção pública” (*Política criminal – Novos desafios, velhos rumos*, p. 215).

<sup>858</sup> Consoante regista José Ramón Piñol Rodríguez: “Sim embargo no puede dejar de reconocerse, como señala BARONA VILLAR, que el mecanismo o ha servido más allá de una función cautelar para dar satisfacción a un sentimiento de indignación, venganza o inseguridad y a la idea de prevención de posibles futuros delitos. Funciones éstas que no deben ser las que atiende la prisión provisional” (*Derecho Procesal Penal*. Pamplona: Civitas, 2014, p. 473).

<sup>859</sup> *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 570.

<sup>860</sup> Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, do princípio da necessidade, decorrem as seguintes consequências: “A. Estabelecimento de uma escala de gravidade relativa das medidas de coacção, assim ordenada, da mais grave para a menos grave: i. prisão preventiva; ii. Obrigação de permanência na habitação; iii. proibição de permanência, de ausência e de contactos; iv. Suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos; v. obrigação de apresentação periódica; vi. Caução e vii. Termo de identidade e residência. B. Preferência das medidas de coacção não privativas da liberdade em relação às medidas privativas. C. Preferência da obrigação de permanência na habitação à prisão preventiva; por exemplo, ao argüido indiciado de um roubo de telemóvel deve, em princípio, ser aplicada a obrigação de permanência na habitação, se necessário com vigilância electrónica, mas não a prisão preventiva (acórdão do TRG, de 6.3.2006, in CJ,

cabará preventiva quando inadequadas ou insuficientes as medidas não privativas de liberdade.

Imagine-se uma escala de medidas cautelares, caso imprescindível à garantia do processo penal uma medida coercitiva, deve-se priorizar a obrigação de permanência na habitação ou obrigação de apresentação periódica.

Decerto, a prisão preventiva deve observar os princípios da legalidade, da necessidade, da adequação, da proporcionalidade e da subsidiariedade<sup>861</sup>. Essa necessidade, consubstanciada naquelas hipóteses do art. 204º, quais sejam, (a) fuga ou perigo de fuga; (b) perigo em relação à integridade da prova; (c) perigo de reiteração criminosa ou “perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas”.

O princípio da necessidade também está previsto no art. 9º, § 3º, do Pacto IDCP de 1966. Esse comando faz expressa menção ao critério da necessidade quando a prisão preventiva tiver como norte assegurar a execução da pena. Do mesmo modo, segundo as Regras de Tóquio de 1990, evidencia-se que a custódia provisória deve durar somente o necessário para proteger a sociedade e a vítima (Regra n.º 6.2)<sup>862</sup>.

No caso português, essa necessidade será factível, como visto, a partir das condições de aplicação das medidas previstas no art. 204 do CPP. É preciso, como condição de legitimação da prisão preventiva, que essa tencione, concretamente, impedir a fuga ou perigo de fuga; impedir o risco de perturbação à “aquisição, conservação ou veracidade da prova”. E ainda, para nós a única com dimensão valorativa capaz de mitigar o estado de inocência e a dignidade essencial da pessoa, evitar que o arguido continue a atividade criminosa ou perturbe gravemente a tranquilidade pública<sup>863</sup>.

---

XXXI, 2, 275). D. Preferência pela cumulação de duas ou mais medidas de coação menos gravosas em detrimento da aplicação de uma medida mais gravosa (FREDERICO ISASCA, 2004: 105, e VITOR SEQUINHO DOS SANTOS, 2008: 122 e 123)” (idem, *ibidem*).

<sup>861</sup> RIBEIRA, Vinício; *Código de Processo Penal. Notas e Comentários*. 2º edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 573.

<sup>862</sup> 6 . A prisão preventiva como medida de último recurso. 6 .1 A prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais, com a devida consideração ao inquérito referente à infração presumida e à proteção da sociedade e da vítima. 6 .2 As medidas substitutivas da prisão pré-julgamento devem ser utilizadas o mais cedo possível. A prisão pré-julgamento não deve durar mais do que o tempo necessário para atingir os objetivos enunciados na regra 6.1 e deve ser administrada com humanidade e respeito à dignidade da pessoa. 6 .3 O infrator deve ter o direito de recorrer, em caso de prisão pré-julgamento, a uma autoridade judiciária ou qualquer outra autoridade independente.

<sup>863</sup> Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, “estas disposições correspondem ao estalão internacional (ponto 7º da recomendação Rec (2006) 13 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre o uso de prisão preventiva, as condições em que tem lugar e as medidas de salvaguarda contra o seu abuso), sem prejuízo do

Particularmente, não vemos na prisão preventiva, quando fundada no propósito de obstar a fuga ou preservar a prova, um conteúdo normativo capaz de superar a densidade jurídico-constitucional da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana<sup>864</sup>.

No primeiro caso, com os instrumentos de cooperação internacional, por exemplo, seria possível a execução da pena posteriormente à condenação, ainda que em jurisdição estrangeira. Especificamente em relação à Portugal, o mandado de detenção europeu (art. 1º, n.º 1, Lei nº 65/2003)<sup>865</sup>, com imediata possibilidade de execução, por conta do princípio do reconhecimento mútuo (art. 1º, n.º 2) permitiria que o condenado fosse detido dentro da Europa sem maiores entraves burocráticos.

Luigi Ferrajoli, a propósito, sustenta que o perigo relacionado à fuga não é tão grave. Primeiro, porque na hodierna sociedade informatizada e internacionalmente integrada, será difícil uma fuga definitiva. Depois, porque isso levaria o imputado a viver na clandestinidade, que por si só se revela penosa. E ainda, porque perderia a “condição” de arguido. Em derradeiro caso, porque a fuga é proporcional a pena prevista, de maneira que na redução da pena para no máximo 10 (dez) anos de reclusão favoreceria a supressão do *carcere preventivo*<sup>866</sup>.

O art. 5º, n.º 1, c), da Convenção EDH admite a prisão preventiva em função do risco de fuga do suspeito pela prática de um delito “depois de o ter cometido”. Há, parece-

---

que se dirá adiante sobre o perigo de perturbação da ordem pública. O Tribunal Constitucional já se pronunciou no sentido da não inconstitucionalidade do artigo 204º, als. A) e c) do CPP (acórdãos do TC n.º 720/97 e n.º 396/2003)” (*idem*, p. 598).

<sup>864</sup> Sobre uma visão crítica desses dois motivos, cf. FERRAJOLI, Luigi; *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*, p. 567-570.

<sup>865</sup> Cf. Regime Jurídico do Mandado de Detenção Europeu Lei nº 65/2003, de 23 de Agosto.

<sup>866</sup> Nas palavras de Ferrajoli, “Ma anche a non tener conto di questa circolarità, perché mai il pericolo di fuga di un imputato già interrogato dovrebbe bastare e giustificare una violazione così grave e sconvolgente di tutte le garanzie penali e processuali come è la pena anticipata senza giudizio? Un siffatto pericolo non è davvero un gran pericolo. Innanzitutto è ben difficile, in una società informatizzata e internazionalmente integrata come l’attuale, una fuga definitiva; e forse basterebbe a scoraggiarla una più intensa sorveglianza sull’imputato soprattutto nei giorni immediatamente precedenti alla sentenza. In secondo luogo la fuga scelta dall’imputato, costringendolo alla clandestinità e ad uno stato di permanente insicurezza, è già di per sé, di solito, una pena gravissima, non dissimile dall’antica acqua et igni interdictio prevista dai romani come pena capitale. In terzo luogo, qualora la fuga facesse perdere le tracce dell’imputato, essa avrebbe raggiunto nella maggior parte dei casi, l’effetto di neutralizzarlo, con buona pace delle finalità di prevenzione del diritto penale. Infine il pericolo di fuga è direttamente proporzionale alla severità delle pene. Un ordinamento – per esempio – che prevedesse la pena di morte ben difficilmente probrebbe rinunciare a mettere per tempo le mani sull’accusato onde consegnarlo dopo la condanna al boia. Ne consegue che la mitigazione delle pene riduce proporzionalmente il pericolo di fuga degli imputati. In particolare, l’abolizione della pena detentiva o anche solo la riduzione della sua durata massima a dieci anni – prospettate nel par. 31 – riducendo drasticamente la paura delle pene, favorirebbe ulteriormente la soppressione della carcerazione preventiva” (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, p. 570).

nos, uma relação de simultaneidade, entre a prática do crime e a prisão para impedir que o autor escape.

Por exemplo, quando o suspeito se dirige à polícia judiciária para prestar um depoimento espontâneo, bem como noticiar dados pessoais referentes a sua residência e profissão, entre outras informações, não subsiste, em tese, um interesse em se evadir ou se esquivar de uma posterior investigação.

Ainda que subsistam críticas quanto à questão da prisão preventiva fundada no risco de fuga, relativamente ao risco de destruição de provas, não há previsão nesse sentido no art. 5º, n.º 1, c), da Convenção EDH. Para ela, estritamente, cabe prisão preventiva com vista a conter a reiteração criminosa ou impedir a fuga do suspeito.

Desde o caso *Wemhoff v. Germany* de 1968, contudo, a Corte de Estrasburgo passou a reconhecer que o risco de supressão de provas, bem como o perigo de colusão delas são motivos que legitimam a prisão preventiva<sup>867</sup>.

O art. 5º, n.º 1, c), da Convenção não é uma cláusula genérica. Há que subsistir sempre uma prova concreta que indique a necessidade da prisão preventiva, à vista do princípio da presunção de inocência<sup>868</sup>.

A propósito, essa hipótese não subsiste, por exemplo, no sistema de prisão provisória novaiorquino<sup>869</sup>. Lá só tem lugar quando se pretende impedir a fuga antes do julgamento ou caso a liberdade do suspeito coloque em risco outra pessoa. Não cabe como medida de punição ou reinserção, de vez que não há convencimento sobre um crime, bem como inexistente culpa declarada. Sempre, sob o manto da *U.S. Constitution*, uma pessoa acusada de um crime é presumida inocente<sup>870</sup>.

---

<sup>867</sup> BLEICHRODT, Edwin; *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, p. 456-457.

<sup>868</sup> Segundo Clare Ovey, “There will, accordingly, be very few cases falling within the second two alternatives in paragraph 1 (c). Since the words ‘when it is reasonably considered necessary to prevent [the detained person] committing an offence’ do not authorize general preventive detention, evidence of intention on the part of the part of the detainee to commit a concrete offence will be necessary. However, in most European countries, acts preparatory to the commission of a crime are themselves categorized as offences. Such evidence would, therefore, usually be sufficient to bring the detainee within the first limb: arrest or detention upon ‘reasonable suspicion of having committed an offence’. Similarly any arrest or detention falling within the third limb – ‘to prevent [the detainee]... fleeing after having [committed an offence]’ – will also fall within the first” (*The European Convention on Human Rights*, p. 246).

<sup>869</sup> *A jail house lawyer's manual*. Chapter 34. The Rights of Pretrial Detainees. *Columbia Human Rights Law Review*. Ninth Edition. 2011, p. 931.

<sup>870</sup> *A jail house lawyer's manual*, *idem*, *ibidem*.

Por isso que, não obstante legalmente cabível naquelas outras situações, vemos apenas como legítima a prisão preventiva com vista a evitar o risco de reiteração criminosa, dado os princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Diante, conseqüentemente, da tensão entre a eficiência da justiça, a proteção da sociedade e o respeito à presunção de inocência, a prisão preventiva está condicionada ao princípio da necessidade.

O art. 191.º, n.º 1, do CPP português revela esse propósito, ao dizer que a liberdade da pessoa só pode ser limitada em função de exigências cautelares. No particular da prisão preventiva, fundada no perigo de reiteração da ação criminosa<sup>871</sup> e no perigo de frustração da justiça penal, quer por conta da fuga do suspeito, quer por conta da intervenção na produção de provas.

Legítima será a medida, por ser *comunitariamente suportável*. Porém, não pode perder o caráter provisório e cautelar-processual, sob pena de desaparecer o fundo jurídico-processual de sua legitimação, bem como quando buscar a proteção dos bens jurídicos.

No processo penal constitucional e democrático, a liberdade é a regra e a prisão preventiva a exceção<sup>872</sup>. Ela só terá lugar, basicamente, caso necessária à garantia dos fins processuais (*Verfahrenssichernd Maßnahmen*). Sem o processo, aliás, não há como realizar o direito penal e seus objetivos (*nullum crimen, nulla culpa sine iudicio*)<sup>873</sup>.

Portanto, será legítima em razão de uma necessidade processual de natureza cautelar, isto é, “por la necesidad de proporcionar seguridad o eficiencia para la realizacion del procedimiento judicial”<sup>874</sup>. Entretanto, registre-se que essa onda neopunitivista baseada na proteção dos bens jurídicos de dano futuro tem permitido, ainda que ilegalmente, a pena antecipada, através da prisão preventiva<sup>875</sup>.

Conquanto o direito à liberdade não seja absoluto, qualquer restrição deve considerar o princípio constitucional da tipicidade das medidas privativas de liberdade. Nesse sentido, tem lugar quando divisa salvaguardar direitos ou interesses protegidos<sup>876</sup>.

---

<sup>871</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de; *As medidas de coacção no novo Código de Processo Penal*, p. 168.

<sup>872</sup> MAIER, Julio; *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Parte General. Actos Procesales. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2015, p. 378.

<sup>873</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, p. 581.

<sup>874</sup> MAIER, Julio; *idem*, p. 393.

<sup>875</sup> *Idem*, p. 394.

<sup>876</sup> Nas palavras de Gomes Canotilho, “O direito à liberdade não é um direito absoluto, admitindo restrições. As restrições ao direito à liberdade, que se traduzem em medidas de privação total ou parcial dela,

Francisco Fernandes, referindo-se à corrente da época que se opunha a prisão preventiva, porquanto contrária aos princípios da *sciencia criminal*, escrevia no sentido de que “adoptem-se, dizem, todas as precauções para dificultar o mais possível a fuga do imputado, ou para netralizar os seus esforços hostis contra a instrução do processo, mas sem jámais se violar a liberdade individual sem uma fundada razão de justiça e de necessidade”<sup>877</sup>.

Nessa senda, pensamos que o instituto da prisão preventiva progredirá para somente permitir seu emprego contra quem coloque em risco a comunidade ou a vítima, à vista de uma probabilidade concreta de reiteração criminosa. Essa seria, em nosso sentir, verdadeiramente a única necessidade da prisão sem condenação, compatível com a presunção de inocência e com a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, com a Lei n.º 13.769 de 2018, uma gestante ou mãe de criança ou pessoa com deficiência não pode ser presa preventivamente, salvo tenha cometido crime com violência ou grave ameaça contra a pessoa (roubo, por exemplo) ou praticado um delito contra seu filho ou dependente (art. 318-A). Ela deverá ser substituída por uma prisão domiciliar (art. 317). Aqui, vê-se que a medida cede espaço ao princípio da dignidade da mulher, malgrado na prática desrespeitada de modo recorrente<sup>878</sup>.

Seguem, apesar do tempo, pertinentes as considerações de Martin, para o qual: «*Todo o homem, enquanto não é declarado culpado por sentença condenatória definitiva, deve reputar-se inocente e ao abrigo de qualquer rigor da justiça repressiva, pois a imputação que se lhe attribue póde desaparecer d’um momento para outro, ou*

---

só podem ser as previstas nos ns. 2 e 3 (entre as quais avulta a pena de prisão), não podendo a lei criar outras – princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade (cfr. AcsTC n.s. 185/96, 363/00 e 83/01). Por outro lado, constituindo as restrições do direito à liberdade restrições a um direito fundamental integrante da categoria dos «direitos, liberdades e garantias», estão sujeitas às competentes regras do art. 18º-2 e 3, o que quer dizer, entre outras coisas, que só pode ser estabelecidas para proteger os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, devendo limitar-se ao necessário para os proteger (cfr. AcsTC n.os 228/97 e 363/00). Tais princípios vinculam o legislador, na definição dessas medidas, e o seu correlativo aplicador (designadamente o juiz), quando disponha de margem de discricionariedade ou de livre apreciação” (*idem*, p. 479).

<sup>877</sup> *Ob. cit.*, p. 68.

<sup>878</sup> Cf. RAMOS, Júlia Meneses da Cunha; Maternidade no cárcere: uma análise crítica sobre a prisão domiciliar e o habeas corpus n.º 143.641/SP. *Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará*. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp/biblioteca/revista-eletronica/revista-academica/revista-2019-ano-xi-numero-2-semestral/>. Acesso: 25/12/2020.

*porque o crime realmente não exista, ou porque as provas e indícios não bastem para confirmá-la, ou porque se descubra mais tarde o seu verdadeiro auctor»<sup>879</sup>.*

Certamente, a finalidade retributiva da pena perdeu sentido no curso do século, malgrado subsista ainda uma discussão ao redor dela<sup>880</sup>. Agora, “o direito de punir passa a justificar-se à luz da necessidade – uma «amarga necessidade», como já foi dito – e a pena ganha uma finalidade não escatológica mas terrena, dirigida à prevenção do cometimento de outros crimes (prevenção geral e especial)”<sup>881</sup>.

Semelhantemente, cremos que a finalidade da prisão preventiva tenderá exclusivamente à necessidade de impedir a prática de novos crimes. Significa isso dizer, ela será imposta tão-só com vista a obstar a reiteração criminosa, quer porque há um avanço na internalização do princípio da dignidade humana no processo penal<sup>882</sup>, quer por razões de política criminal cada vez mais inclinada à prevenção criminosa<sup>883</sup> e não encarceramento.

Isso porque, mostrar-se-ão desnecessários os escopos de impedir a fuga do suspeito ou conter a adulteração das provas, essa por conta da ineficácia do método ou mesmo o esgotamento de sua necessidade depois de poucos dias da privação, aquela porque a execução da pena poderá ser realizada, sem maiores problemas, como consequência da cooperação internacional em matéria penal entre os países.

Essa proposta se revela possível, quer por razões de política criminal, quer porque no curso da história, a prisão preventiva sofreu diversas mudanças relativamente a sua necessidade.

Por exemplo, todas as constituições portuguesas autorizavam seu uso contra parlamentares. Hoje, no entanto, mitiga-se sua aplicação a vista das imunidades dos deputados<sup>884</sup>. É que a intervenção da casa legislativa só é dispensada quando o deputado for detido em flagrante<sup>885</sup>.

---

<sup>879</sup> *Apud* FERNANDES, Francisco; *idem, ibidem*.

<sup>880</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, p. 243-245.

<sup>881</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda; *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 31.

<sup>882</sup> Cf. SCHORN, Hubert; *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, p. 17-21.

<sup>883</sup> Cf. MEIER, Bernd-Dieter; *Kriminologie*, p. 280.

<sup>884</sup> Art. 176º, CRP; cf. GOMES, Carla Amado; *Constituição, Prisão Preventiva e inviolabilidade dos Deputados: do dito e do não dito. Separata de Anuário Português de Direito Constitucional*. Vol. III/2003. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 113

<sup>885</sup> GOMES, Carla Amado; *idem*, p. 115.

É interessante notar que sob o pretexto da liberdade política e da representação parlamentar, a necessidade da prisão preventiva cede lugar ao princípio da imunidade, de modo que, mesmo a prática de um crime doloso com pena maior, uma medida de coação, como a prisão preventiva, não prepondera diante desta normativa constitucional prevista no art. 157º, n.º 3, da CRP<sup>886</sup>.

Essa medida depende do levantamento da inviolabilidade por parte da Assembléia da República. Com isso, percebe-se que a necessidade da prisão preventiva, sob qualquer perspectiva de exigência cautelar, pode ser relativizada caso o arguido seja um deputado.

Entretanto, a questão que se coloca é a seguinte, seria a dignidade essencial da pessoa menos importante que a imunidade parlamentar? Por isso, pensamos que a prisão preventiva poderia se restringir, exclusivamente, a necessidade de impedir a reiteração criminosa, no afã de proteger os bens jurídicos, nomeadamente a integridade dos membros da comunidade.

Benjamim Constant, nos seus comentários aos escritos de Filangieri, colocara o seguinte: considerando que a prisão de um acusado fundava-se na precaução, ela deveria ser limitada a essa necessidade<sup>887</sup>. Então, uma prisão preventiva caberia em razão de uma exigência cautelar, particularmente impedir a reiteração de novos crimes<sup>888</sup>. Essa perspectiva, parece-nos consistente, máxime quando ela se cogita face a face os princípios da presunção de inocência e da dignidade essencial da pessoa humana.

---

<sup>886</sup> Artigo 157.º Imunidades. 1. Os Deputados não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções. 2. Os Deputados não podem ser ouvidos como declarantes nem como arguidos sem autorização da Assembleia, sendo obrigatória a decisão de autorização, no segundo caso, quando houver fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos. 3. Nenhum Deputado pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia, salvo por crime doloso a que corresponda a pena de prisão referida no número anterior e em flagrante delito. 4. Movido procedimento criminal contra algum Deputado, e acusado este definitivamente, a Assembleia decidirá se o Deputado deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime do tipo referido nos números anteriores.

<sup>887</sup> Para Benjamin Constant, “Bientôt on sentira de même que si la prison peut être nécessaire pour s’assurer de la personne des individus prévenus d’un délit, ou violateurs d’un engagement, cette mesure sévère n’étant qu’une précaution (car je ne parle pas ici de la détention comme peine légale), elle doit se borner à ce qui est indispensable pour atteindre le but qu’elle se propose. Tout ce qui excède les limites de la nécessité la plus stricte est une injustice; tout ce qui peut adoucir le sort des détenus sans favoriser leur évasion est un devoir sacré” (*Oeuvres de G. Filangieri. Traduites de L’italien. Nouvelle Edition. Accompagnée d’un commentaire par Benjamin Constant. Tome Troisième. Paris: A La Librairie de J. P. Aillaud, 1840, p. 23*).

<sup>888</sup> *Apud* Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*, p. 563.



### 2.2.1 Fuga ou risco de fuga

Relativamente à prisão preventiva, a primeira necessidade em sentido estrito consiste na fuga ou risco de fuga do arguido. Sua evasão concorre para o insucesso do processo penal, à vista daquelas finalidades que dizem respeito à realização da justiça e à restauração da paz jurídica rompida com o crime<sup>889</sup>.

Para Jordi Fenoll, impedir a fuga é o objetivo prioritário da medida cautelar concernente à prisão preventiva. Prioridade essa há muito sustentada por Basileu Garcia<sup>890</sup>. Segundo Gimeno Sendra considera que não basta uma simples imputação, faz-se mister um fato punível de especial gravidade, sem embargo de levar em conta circunstâncias fáticas ou particulares do arguido para presumir que se subtrairá da justiça<sup>891</sup>. Teresa Armenta, por seu turno, destaca que para aferir esse risco de fuga, o legislador espanhol, por exemplo, consignou um roteiro normativo<sup>892</sup>. Ou seja, deve-se verificar a natureza do fato, a gravidade da pena que puder ser imposta ao investigado ou acusado, a situação familiar, laboral e econômica dele e a iminência do julgamento<sup>893</sup>. Lembra Paolo Tonini,

---

<sup>889</sup> Cf. WOLF, Lara; *Die Fluchtprognose im Untersuchungshaftrecht. Eine empirische Untersuchung der Fluchtgefahr nach § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO*. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 48.

<sup>890</sup> Ob. cit., p. 185. No mesmo pensar Basileu Garcia, para o qual “os três elementos indicativos da necessidade da prisão preventiva – garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e interesse de assegurar a aplicação da pena – acham-se mencionados no dispositivo em ordem de importância crescente. De todos, sem dúvida, o mais importante é o último. O processo via a punição do culpado. Esforços devem ser envidados para que não se evada à ação da justiça, para que receba a pena que ao seu crime corresponde. A fuga tornaria inane o procedimento criminal, frustraria o seu escopo, representando isso grave dano à segurança da ordem jurídica, que a lei penal protege. O fim mais saliente da prisão preventiva é evitar-se que o indiciado fuja. Ante essa eventualidade, assentada plausivelmente, é impossível deixar de reconhecer-se legítima e justa a providência” (*idem* p. 162-163).

<sup>891</sup> *Derecho Procesal Penal*, p. 635.

<sup>892</sup> *Lecciones de Derecho procesal penal*, p. 223.

<sup>893</sup> *Artículo 503. 1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurran los siguientes requisitos: (...) 3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: a) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley. Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.*

na esteira do que prevê o art. 274, n.º 1, b), do CPP italiano<sup>894</sup>, que a prisão preventiva tem lugar quando há um perigo concreto e atual do arguido fugir<sup>895</sup>. Essa exigência, segundo Sandro Fùfaro, supõe uma circunstância concreta, por isso mesmo não podendo ser abstrata. Muito pelo contrário, requer-se um elemento concreto que indique o perigo de fuga<sup>896</sup>. Além disso, frise-se que o Código italiano restringe essa hipótese aos crimes para os quais o magistrado possa impor uma pena efetiva superior a dois anos de reclusão<sup>897</sup>.

Claus Roxin, no que concerne à fuga ou perigo de fuga (*Flucht ou Fluchtgefahr*), previsto no § 112 (II), n.º 1 e 2, do StPO, comenta que ela subsistirá quando: a) na verificação dos fatos, deduz-se que o acusado está fugindo, por exemplo, recebe uma intimação e não comparece ao Tribunal ou está se ocultando; b) na avaliação das circunstâncias de um caso isolado, tem-se que o acusado está se esquivando do processo ou da execução, de modo que essa “esquiva” para a opinião dominante, dar-se, nem na previsibilidade de fuga, nem na previsibilidade de ocultação, mas na evidente admissão de que não será julgado<sup>898</sup>.

---

<sup>894</sup> Art. 274 Esigenze cautelari [1] Le misure cautelari sono disposte: (...) b) quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione;

<sup>895</sup> *Manuale di Procedura Penale*, ob. cit., p. 448.

<sup>896</sup> Para Sandro Fùfaro, «La motivazione del provvedimento restrittivo fondato sulla sussistenza del pericolo di fuga deve esse basato su circostanze concrete (C., Sez. VI, 6.12.1989, Centra, in CP, 1990, II, 158) ed alcun rilievo, pertanto, può essere riconosciuto alla mera possibilità e/o astratta probabilità, desumibile da generiche prezunzioni, che l'indagato e/o imputato si dia alla fuga: il pericolo di fuga deve essere «ancorato a concreti elementi da cui è possibile dedurre la reale ed effettiva preparazione della fuga» e di tali elementi deve essere fatta analitica menzione nell'ordinanza impositiva della cautela (C. Sez. feriale, 28.8.1990, Mulazzani, in ANPP, 1991, 28). Tale pericolo non può in nessun caso essere desunto esclusivamente da una «valutazione prognostica dell'entità della pena irrogabile all'esito del giudizio» ciò in quanto il pericolo di fuga rilevante ai fini cautelari «è solo quello concreto, ancorato cioè a precisi fatti ed accadimenti materiali che facciano desumere la ragionevole probabilità che la fuga si veifichi e tali presupposti non possono essere logicamente ricollegati ad un evento futuro ancorché ritenuto altamente probabile (la condanna) ed incerto (l'entità della pena inflitta)» (C., Sez., II, 23.1.1997, Terranova, in GG, 1999, 17, 28; v. anche, C.Sez. I, 9.1.2001, Terminio, in Mass Uff., 218421; contra C., Sez. I, 18.12.1998, Calì, in Mass. Uff. 212464); né, esclusivamente, dalla particolare gravità della pena inflitta con la sentenza di primo o di secondo grado (C., S.U., 24.9.2001, Litteri ed altri, in Gdir, 2001, 40, 78 e già C., Sez. I, 9.1.2001, Terminio, in Mass., (...); tutte nel senso che la sopravvenuta condana ad un pena detentiva grave è idonea di per sé a far ritenere ragionevolmente probabile il pericolo di fuga)» (*Codice di Procedura Penale Comentato*, a cura di Alfredo Gaito. Quarta edizione. Torino: UTET Giuridica, 2012, p. 274).

<sup>897</sup> De acordo com Vittorio Grevi, “circa l'ipotesi della fuga o del pericolo di fuga dell'imputato – che trova un limite alla sua rilevanza sul terreno cautelare nel collegamento alle sole imputazioni per le quali il giudice preveda che possa venire irrogata” «una pena superiore a due anni di reclusione» (art. 274 lett. b) – il legislatore (1.16 aprile 2015, n. 47) ha avvertito la necessità di intervenire sul testo normativo per precisarne e delimitarne l'ambito di operatività)» (*Compendio di Procesura Penale*, p. 367).

<sup>898</sup> Nas palavras de Roxin: “Im einzelnen sind die Haftgründe folgende: a) Flucht oder Fluchtgefahr (§ 112 II Nr. 1, 2). Ein Haftgrund besteht, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen, aa) festgestellt wird, dass der

Portanto, não pode ser avaliada por esquemas abstratos, mas pelas concretas circunstâncias individuais do caso, na forma da legislação. Então, não só a gravidade da acusação e a punição esperada devem ser ponderadas, mas tanto as provas contrárias conhecidas, quanto as circunstâncias pessoais do arguido ou acusado devem ser consideradas<sup>899</sup>.

Essa proposta, contudo, parece com o obsoleto propósito do direito romano, renovado no medievo processo inquisitório, no sentido de manter preso o arguido para garantir sua presença no curso do processo.

Pode ser importante para o juiz e para a justiça, porém de pouca substância diante do sofrimento imposto por meio da privação da liberdade<sup>900</sup> de um inocente presumido. Essa exigência cautelar tem previsão na maioria dos códigos, por isso não há maiores críticas sobre a prisão fundada nessa circunstância. Porém, há-de se basear, minimamente, em indícios suficientes de que o arguido irá fugir, ou seja, em elementos concretos de prova<sup>901</sup>.

---

Beschuldigte flüchtig ist – z. B. sich ins Ausland abgesetzt hat und einer Ladung vor ein deutsches Gericht nicht Folge leister – oder sich verborgen hält, bb) bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles die Gefahr besteht, dass der Beschuldigte sich dem Strafverfahren und der Vollstreckung entziehen werde. Ein, ‘Entziehen’ bejaht die h. M. auch dann, wenn der Beschuldigte voraussichtlich weder flüchten noch sich verbergen wird, aber di Annahme naheliegt, er werde sich – z. B. durch Drogen (KG JR 1974, 165 m. abl. Anm. Kohlhas) – verhandlungsunfähig machen (LR/Hilger, § 112 Rn. 38) ” (*Strafverfahrensrecht*. 29. Auflage. München: C. H. Beck, 2017, p. 244).

<sup>899</sup> Nesse sentido, Claus Roxin: “So darf aus der Schwere der Beschuldigung und der Höhe der ggf. zu erwartenden Strafe nicht ohne weiteres der Fluchtverdacht gefolgert werden, sondern es sind auch das Gewicht der dem Beschuldigten bekannten Belastungsbeweise sowie seine Persönlichkeit und seine privaten Verhältnisse zu berücksichtigen“ (*idem, ibidem*); cf. MEYER-GOßNER, Lutz; SCHMITT, Bertram; *Strafprozessordnung*, ob. cit., p. 556-560; cf. KÜHNE, Hans-Heiner; *Strafprozessrecht*, p. 263-264; BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*, ob. cit., p. 128; cf. RANFT, Otfried; *Strafprozeßrecht. Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis*. 3., Auflage, 2005. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2005, p. 242-243;

<sup>900</sup> Mario Valiante, nesse sentido, guardadas as devidas relações, sustentava que “Benché la finalità strumentale appaia la più convincente spiegazione dell’istituto, non può non rilevarsi la manifesta sproporzione tra il costo (morale ed anche materiale) della carcerazione preventiva ed il vantaggio processuale che può derivarne. L’interesse alla presenza dell’imputato agli atti del processo è certamente rilevante per il giudice e per la giustizia; tuttavia, sembra ancora poca cosa di fronte alla sofferenza che impone la privazione della libertà personale (*Il nuovo processo penale. Principi Fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 1975, p. 284).

<sup>901</sup> Nesse sentido, Augusto Silva Dias: “Da conjugação do artigo 202, n.º 1, als. a) e b) com as várias alíneas do artigo 204 do CPP depreende-se que a aplicação da prisão preventiva se funda na perigosidade, a qual desempenha neste contexto um papel de equivalente funcional da culpa: a perigosidade está para esta medida de coacção, como a culpa está para a pena. Contudo, nem esta equivalência significa atribuir à prisão preventiva qualquer função punitiva, nem a perigosidade de que falamos é uma perigosidade criminal. Ambas as consequências colidiriam frontalmente com o princípio da presunção de inocência. Essa perigosidade tem antes um enquadramento intra-processual – é o perigo para o bom andamento do processo

Decerto, o art. 5º, n.º 1, c), da Convenção EDH, também permite a prisão preventiva que objetive impedir, com base em suspeita razoável, que o arguido possa fugir. Ela deve se basear em evidências inequívocas dessa possibilidade de evasão<sup>902</sup>.

Stefan Trechsel, por outro lado, não vê como conciliar essa motivação com o princípio da presunção de inocência, salvo na hipótese de flagrante (*caught in the act*)<sup>903</sup>.

Decerto, impressões apriorísticas não são suficientes para supor o desejo do arguido de frustrar uma eventual condenação criminal, faz-se mister a presença de elementos de prova, como uma passagem aérea comprada para outro país sem a devida autorização judiciária ou para um sítio que não possua acordo de extradição; não localização do indivíduo em sua residência indicada à autoridade judiciária, entre outras possibilidades, que revelem uma suspeita concreta de se esquivar de possível execução da pena, caso venha ser condenado.

Por exemplo, o art. 503, n. 3º, “b”, da LECrim da Espanha, em homenagem ao *due process* ou processo equitativo, reza que não cabe prisão preventiva baseada em um risco extraído do exercício do direito de defesa, bem como da não colaboração do imputado com a investigação<sup>904</sup>. Seria, de facto, uma mitigação do princípio *nemo tenetur se detegere*.

## 2.2.2 Risco de iniquação às provas (destruição, ocultação ou alteração)

---

que essencialmente está em causa – e é revelada em indícios, «rectius», na prova indiciária já recolhida. Embora aplicáveis ao conjunto das medidas de coacção, quando analisados no quadro da prisão preventiva, os requisitos gerais do artigo 204 devem ser interpretados com um grau de exigência correspondente ao que está em jogo. Dito de outro modo, eles devem apoiar-se em factos suficientemente indiciados para que possam fundar uma perigosidade grave e concreta de fuga, de perturbação do processo ou de continuação da atividade criminosa. Desta sorte se faz «jus» à regra de proporcionalidade fundada no artigo 18, n.º 2, da CRP, segundo a qual quanto mais gravosa e restritiva de direitos for a medida, maiores têm de ser as exigências quanto à perigosidade dos índices em que assenta” (*A prisão preventiva após a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal: Foi superada a crise?*, p. 1391-1392).

<sup>902</sup> Cf. BARRETO, Ireneu Cabral; *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 126.

<sup>903</sup> Para Trechsel, referindo-se a hipótese de prisão preventiva motivada a impedir a fuga do arguido, reconhece que: “This third alternative obviously does not add anything to the first one. It is difficult to reconcile with Article 6 §2 as it presupposes, as a fact, that the person concerned has committed an offence. It can only be assumed that the drafters intended to cover a scenario where the suspect was ‘caught in the act’ (‘in flagrante’ ‘flagrant délit’). However, there is certainly no question of this constituting a legitimate exception from the requirements of the presumption of innocent” (*Human Rights in Criminal Proceedings*, p. 428).

<sup>904</sup> BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; *Tratado de Derecho Procesal Penal (Tomo I)*, p. 1021.

A segunda necessidade jurídico-processual cautelar consiste no risco de destruição, alteração ou ocultação das provas (*Verdunkelungsgefahr*). Isto é, um perigo à produção de provas.

Um dos fins do processo penal diz respeito à descoberta da verdade material, por isso a importância em proteger a integridade das evidências que viabilizarão reconstruir a narrativa criminosa.

Sem essa verdade, por mais complexa que seja sua descoberta, não será possível realizar justiça no seu sentido mais amplo.

Essa circunstância deve estar clara, no sentido de que o arguido reúna condições efetivas para perturbar a produção probatória, como coagir testemunhas, destruir dados informáticos, entre outras hipóteses de meios de provas previstas na legislação, passíveis de macular a instrução do processo.

Sabe-se, contudo, que impedir a ocultação das provas, como documentos relacionados ao delito, não é tarefa das mais simples, na medida em que naturalmente o arguido tenderá a “sumir” com os vestígios do crime<sup>905</sup>. Então, esse risco sempre existirá, nada obstante possa ser mitigado quando se tem evidências de que o suspeito está agindo de modo a perturbar a produção de provas testemunhais, periciais ou documentais.

Como exemplo claro, o art. 503, n. 3º, “b”, da LECrim da Espanha, consigna que a prisão preventiva caberá para evitar a ocultação, alteração ou destruição das fontes de provas relevantes para o procedimento criminal, nos casos em que exista um perigo fundado e concreto.

À guisa de exemplo, cite-se a prisão preventiva decretada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil<sup>906</sup> contra o Senador brasileiro Delcídio do Amaral Gomez no ano de 2015, no meio da crise política que deságuou no impedimento da Presidente da República.

Nesse caso, determinou-se a prisão preventiva sob o pretexto de que o então Senador estava a perturbar eventuais declarações do réu Nestor Cerveró, um dos ex-

---

<sup>905</sup> Nessa mesma direção, Jordi Fenoll comenta que “De hecho, el problema es que em cualquier sospechoso que no viva como un ermitaño, puede presumirse ese riesgo de destrucción de pruebas, especialmente cuando de una sospecha de delito se há pasado a una certeza, como es el caso en la prisión provisional. El motivo es que resuta bastante razonable pensar que cualquiera que tiene inminentemente en perspectiva un juicio penal en su contra, em uso derecho de defensa, aunque sea ilegítimamente, tratará de ocultar todo aquello que le comprometa” (*idem*, p. 187).

<sup>906</sup> AC n.º 4039.

diretores da Petrobrás S/A, em um caso criminal envolvendo Delcídio. O caso se tornou emblemático, uma vez que a prisão preventiva dependia do referendo *a posteriori* do Senado brasileiro<sup>907</sup>.

Ficou claro, que nesta hipótese o arguido reunia condições propícias à perturbação dos meios probatórios, razão pela qual a decisão revelou-se consistente, por isso mesmo endossada pelo Senado.

### 2.2.3 Risco de reiteração criminosa ou perturbação da ordem e tranquilidade públicas

Em relação à terceira exigência cautelar, qual seja, o risco de reiteração criminosa ou perigo à ordem e tranquilidade públicas, subsiste uma específica controvérsia<sup>908</sup>. Tem-se, neste ponto, uma nítida questão, porquanto a prisão preventiva, legitimamente considerada como medida de natureza processual, porque visa a tutelar a integridade e efetividade do processo penal, não guarda *prima facie* consonância com esta natureza cautelar do processo quando tenciona impedir que o arguido torne a reiterar delitos.

Escreve Jordi Fenoll que esse risco é dos mais polêmicos, porque não é pacífico o fundamento da sua adoção. Destaca, para ilustrar, que os parâmetros normativos previstos nos códigos de processo da Espanha (art. 503.2), da França (art. 144.6) e da Itália (art. 274), não são concretos quanto a sua pertinência. Sem embargo, esse risco, como dito antes, contraria o princípio da presunção de inocência<sup>909</sup>.

Augusto Silva Dias vê como inadequada essa motivação, porque ordem e tranquilidade públicas são conceitos abstratos, razão pela qual não existiria limitação ao magistrado na decretação da prisão preventiva, de modo a ensejar decisões arbitrárias. Por isso, caso não subsista uma solução que delimite essa circunstância, sugere inclusive a supressão dessa hipótese do Código<sup>910</sup>.

---

<sup>907</sup> Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 25-06-2018.

<sup>908</sup> Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; KRÜPELMANN, Justus; *Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht*. Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1971, p. 950.

<sup>909</sup> Cf. FENOLL, Jordi Nieva; *Derecho procesal penal*, p. 189.

<sup>910</sup> Para Augusto Silva Dias: “É por isso que me parece inadequada, no que à prisão preventiva diz respeito, a exigência do perigo de perturbação grave da ordem e tranquilidade públicas da al. c). A ordem e tranquilidade públicas são funções abstractas de segurança colectiva cuja perturbação pode ser causada por

Por mais esta razão, no caso da prisão preventiva direcionada a prevenir riscos dessa sorte, ou seja, de reiteração delitiva ou grave perturbação a ordem ou tranquilidade públicas, não há espaço para conjecturas, impõe-se um indício sólido<sup>911</sup> que sustente uma prognose de perigosidade<sup>912</sup>, no sentido de que o arguido poderá delinquir caso responda o processo em liberdade, por isso a necessidade de estar custodiado.

Em regra, sustenta-se que as prisões preventivas quanto decretadas para conter os riscos de fuga e destruição das provas, revelam claramente sua natureza processual, porquanto visam a cautelar a efetividade do processo penal<sup>913</sup>. Entretanto, convém pontuar, à guisa de reflexão técnico-jurídica, que esse tipo de medida de coação se reserva aos crimes graves que prevêm pena privativa de liberdade como sanção, dado o princípio da excepcionalidade.

Ora, se considerarmos que a prisão preventiva deve encerrar somente objetivos processuais cautelares, essa gravidade do crime não poderia ser levada em conta, uma vez que a tutela neste caso seria da efetividade do processo. Essa ponderação, em nosso sentir,

---

condutas que vão desde a prática de homicídios à infração de regras de trânsito. Constituem pois um referente demasiado vago para nele se fundar, com o mínimo de precisão, um juízo de perigosidade justificativo da prisão preventiva. Uma tal indeterminação dilui o vínculo do juiz à lei e abre a porta à possibilidade de arbítrio judicial. O legislador da revisão acrescentou o advérbio «gravemente» ao verbo perturbar. Já antes, um parecer de um grupo de magistrados que exercem funções docentes no CEJ, proferido sobre o Projecto de Resolução n.º 119/IX de reforma no CPP da autoria do PS, propunha que fosse acrescentado à perturbação o qualificativo de «muito séria». Soluções deste género representam sem dúvida um progresso mas não resolvem a meu ver o problema de fundo. Elas apoiam-se num critério quantitativo que não elimina a indeterminação, pois será difícil precisar por onde passa a fronteira entre a perturbação grave e a destituída de gravidade ou entre a perturbação séria e a muito séria. Constituirá perturbação grave da ordem e tranquilidade pública, ao ponto de justificar a prisão preventiva, a previsível insegurança sentida pelos vizinhos do arguido caso este aguarde o desenlace do processo em liberdade, o receito de que o arguido se venha a manifestar na via pública, de forma reiterada e ruidosa, contra o processo de que é alvo, ou a suspeita de que o arguido, uma vez em liberdade, persistirá no hábito de fumar «marijuana» perto de uma escola primária? Concordarão comigo que não é fácil de responder. Continua a pensar que é necessário testar neste âmbito a técnica aos exemplos-padrão e, por essa via, tornar o sentido da expressão o mais preciso possível. Se esta solução se revelar de todo infrutífera, julgo preferível a eliminação pura e simples desta parte da al. c), pelo menos, no que respeita à prisão preventiva” (*A prisão preventiva após a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal: Foi superada a crise?*, p. 1392-1393).

<sup>911</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>912</sup> DIAS, Augusto Silva; *idem*, p. 1391.

<sup>913</sup> Como didaticamente expõe Antônio Scarance Fernandes, segundo o qual “são aceitas sem contestação pela doutrina duas finalidades cautelares da prisão processual: para assegurar a instrução do processo ou a aplicação da lei penal. Em relação à primeira finalidade, prende-se uma pessoa para evitar perda da prova ou para assegurar a sua produção, sendo exemplos mais comuns a prisão de alguém que ameaça testemunhas ou destrói fontes de prova. Quanto à outra finalidade, ou seja, a de garantir a aplicação da lei penal, prende-se o investigado ou acusado para que, se condenado, cumpra a pena, sendo exemplo clássico o da prisão para evitar fuga” (*Funções e limites da prisão processual. Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 64. Ano 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 241).

revela em bom tom o quanto se faz necessário examinar o processo penal dentro da ciência conjunta do direito penal.

Nessa senda, subscreve Giuseppe Bettiol, em relação ao art. 274, do CPP italiano vigente, que a aplicação da medida limitadora da liberdade, condiciona-se à subsistência efetiva de uma exigência cautelar, destinada a «*evitare l'inquinamento della prova, la fuga dell'imputato, la commissione di gravi delitti*»<sup>914</sup>.

Por um lado, não há grandes divergências sobre a natureza cautelar-processual da prisão preventiva quando tenciona conter o risco de fuga do arguido, bem como preservar a produção das provas necessárias à busca da verdade. Por outro lado, questiona-se a defesa dessa mesma natureza quando empregada sob o pretexto de prevenção à reiteração criminosa<sup>915</sup>.

Kühne advoga que a prisão preventiva baseada na reiteração criminosa prevista no §112a do StPO (*Wiederholungsgefahr*), não só é controvertida por conta da sua redação originar-se da versão de 1935, mas também, porque não tem nada haver com a cautela do processo penal. Pelo contrário, condiz com uma medida de prevenção criminal<sup>916</sup> (*Kriminalpräventive Maßnahme*)<sup>917</sup>.

---

<sup>914</sup> BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*. Padova: CEDAM, 1993, p. 164.

<sup>915</sup> Nesse sentido Antonio Scarance Fernandes, para o qual “o problema, contudo, está no debate sobre o caráter cautelar da prisão de uma pessoa que vem reiterando condutas criminosas. Esse tipo de custódia é aceito em quase todos os ordenamentos jurídicos. A única novidade é que, em países como Portugal e Itália, essa prisão é reservada a crimes mais graves, como foi feito em recente projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Embora seja prevista nos ordenamentos e tenha sido admitida em recente projeto entre nós, é muito difícil atribuir à prisão para evitar a prática de novos crimes a natureza cautelar, se for levada em conta a noção de cautelaridade normalmente aceita nos estudos de Teoria Geral do Processo. Quando se prende alguém porque continua praticando crimes, a custódia assenta-se em avaliação de sua periculosidade. Não se prende em virtude de uma necessidade do processo, para assegurar o seu resultado ou para garantir a aplicação da lei penal; prende-se para evitar o cometimento de outros crimes. Enfim, há um grande dilema: de um lado, é difícil dar a essa prisão natureza cautelar, por outro, sente-se que há necessidade dela para evitar a reiteração de condutas criminosas e garantir a sociedade” (*Funções e limites da prisão processual*, p. 245).

<sup>916</sup> Sobre uma perspectiva crítica desse propósito preventivo, cf. MORGENSTERN, Christine; *Die Untersuchungshaft*. Baden-baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2018, p. 462.

<sup>917</sup> De acordo com o escólio de Hans-Heiner Kühne: “Beim dringenden Verdacht der Begehung bestimmter, im Gesetz aufgezählter schwerer Delikte stellt die Wiederholungsgefahr einen (subsidiären, §112a II) Haftgrund dar. Dieser Haftgrund ist nicht nur umstritten, weil Teile des § 112a an den §112 in der Fassung vom 28.6.1935 erinnern, sondern vor allem deshalb, weil es sich weniger um eine verfahrenssichernde, als vielmehr um eine Kriminalpräventive Maßnahme handelt. Einerseits steht §112<sup>a</sup> in enger Nachbarschaft zu einer gegen die unschuldsvermutung, Art. 5, II EMRK, verstößenden Haft. Andererseits kann die Verhinderung von weiteren gleichartigen Straftaten während des laufen den Verfahrens aus Gründen der Effizienz und Praktikabilität als Verfahrenszweck” (*Strafprozessrecht*, p. 266).



Christian Laue explica que esse motivo, inserido por uma alteração legislativa em 1964, limitava-se aos crimes sexuais, porém estendida para outros delitos com a Lei de 7 de agosto de 1972, que introduziu o § 112a no StPO, por isso mesmo passou a ser conhecida por “prisão de segurança” (*Sicherungshaft*), na medida em que direcionada a impedir que um forte suspeito possa reiterar a prática de crimes<sup>918</sup>.

Portanto, na esteira do Tribunal Constitucional alemão que reconheceu a constitucionalidade desse motivo (*BVerfGE* 35, 185, 190 f.), uma prisão preventiva destinada a conter o risco de reiteração consiste numa medida de prevenção policial, dessarte não propriamente uma medida cautelar processual, malgrado prevista no sistema de pressupostos da prisão preventiva contidos no StPO<sup>919</sup>.

Orfried Ranft, no mesmo sentido, escreve que esse motivo leva em conta uma necessidade de segurança da comunidade (*Sicherheitsbedürfnis der Gemeinschaft*), de modo a evitar que um forte suspeito cometa novamente os mesmos crimes graves ou persista em praticar ofensas<sup>920</sup>.

Luigi Ferrajoli, por outro ângulo, considera essa razão como a mais grave do instituto da prisão preventiva. Pois deixa de ser uma medida cautelar ao serviço da instrução processual, para tornar-se «*in strumento di prevenzione e di difesa sociale, motivato dalla necessità di impedire all'imputato la commissione di altri delitti*»<sup>921</sup>. Para ele, torna-se uma verdadeira presunção de culpabilidade<sup>922</sup>.

---

<sup>918</sup> “Der Haftgrund der Wiederholungsfahr wurde in der Nachkriegszeit erstmals durch das StPÄG 1964 (BGBl. I, 1067) mit der Beschränkung auf Sexualstraftaten in § 112 Abs. 3 aF eingeführt. Durch das Gesetz v. 7.8.1972 (BGBl. I, 1361) wurde diese Regelung im neu geschaffenen § 112 a unter Erweiterung auf zahlreiche andere Anlasstaten neu platziert (zur Entstehungsgeschichte des Haftgrundes der Wiederholungsfahr s. Schloth S. 25 ff). Die Vorschrift regelt die Vorausss. der sog. Sicherungshaft, dh einer Inhaftierung des einer Straftat dringend Verdächtigen zur Verhinderung weiterer gleichartiger Straftaten“ (LAUE, Christian; *Gesamtes Strafrecht*. Dölling, Duttge und Rössner [Hrsg.]. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 2299-2300).

<sup>919</sup> Nesse diapasão Christian Laue, segundo o qual “es handelt sich damit nicht um die Regelung eines weiteren, das Strafverfahren sichernden U-Haftgrundes (*BVerfGE* 35, 185, 190 f; LR-Hilger Rn 9 f), sondern um eine präventiv-polizeiliche Maßnahme, die zwar einen Fremdkörper im System der Haftvoraussetzungen darstellt (Roxin/Schünemann § 30 Rn 12), aber wegen des Zusammenhangs mit dem Strafverfahren hier geregelt werden konnte (Meyer-Goßner Rn 1; LR-Hilger Rn 11; aA SK-Paeffgen Rn 4: hompetenzwidrig)” (*Gesamtes Strafrecht*, p. 2300).

<sup>920</sup> Segundo Ranft, “der Haftgrund soll dem Sicherheitsbedürfnis der Gemeinschaft in Fällen Rechnung tragen, in denen aufgrund bestimmter Tatsachen die Gefahr besteht, daß der dringend Tatverdächtige vor rechtskräftiger Aburteilung weitere erhebliche Straftaten gleicher Art begehen oder die Straftat fortsetzen werde” (idem, p. 247).

<sup>921</sup> *Idem*, p. 563.

<sup>922</sup> *Idem*, *ibidem*.

Com efeito, Virginia Tortosa vê uma diferença entre medidas cautelares com o fim de evitar fuga e a obstrução da investigação; e aquelas destinadas à prevenção de delitos<sup>923</sup>. Deveras, não se nega que devam existir medidas cautelares de prevenção de crimes, todavia, ela considera que: a) nem o direito à tutela judicial efetiva, nem a garantia da função jurisdicional, são medidas de prevenção criminal; b) por serem distintas, seus pressupostos de determinação também o são; c) impor uma medida de prevenção criminal deve considerar um sujeito criminalmente perigoso; d) a existência de medidas preventivas aplicadas antes da declaração de culpabilidade põe-se em contradição com o direito à presunção de inocência<sup>924</sup>.

Fica claro, que nos casos de risco de fuga e de inquinação das provas, cumpre-se exigências processuais de natureza cautelar. Porém, como visto, essa medida de coação, na esteira do que prevê o art. 204.º, c), do CPP<sup>925</sup>, visa igualmente a impedir a reiteração criminosa ou grave perturbação à ordem ou tranquilidade públicas, quando subsistir razões evidentes sobre a periculosidade do arguido.

Não só o CPP português, mas os códigos da Alemanha, (§112a), Espanha (art. 503.2), da França (art. 144.6) e da Itália (art. 274), prevêem, de igual sorte, essa hipótese de prisão preventiva, qual seja, garantir a tranquilidade pública. Também, com base no art. 5º, n.º 1, c), da Convenção EDH, tem-se a possibilidade de restringir o direito à liberdade do indivíduo, caso subsistam motivos razoáveis para impedir que o suspeito cometa novas crimes<sup>926</sup>.

Teresa Pizarro Beleza, neste particular, considera que a prisão preventiva, de facto, corresponde a uma medida cautelar, porque acautela qualquer coisa, sobretudo destina-se a impedir que o “arguido fuja e se subtraia à acção da Justiça”, ou mesmo venha

---

<sup>923</sup> *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*. Marcial Pons: Madrid, 2008, p. 28.

<sup>924</sup> TORTOSA, Virginia Pujadas; idem, ibidem.

<sup>925</sup> “Art. 204º. Nenhuma medida de coacção, à exceção da prevista no artigo 196.º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida: (...) c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a atividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas”.

<sup>926</sup> Cf. BLEICHRODT, Edwin; *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ob. cit., p. 456; cf. RAINEY, Bernadette; WICKS, Elizabeth. OVEY, Clare; *The European Convention on Human Rights*, ob. cit., p. 245.

a destruir as provas, “ou ainda que prossiga na atividade criminosa (fundamento de entre todos o mais problemático, dada a constitucional presunção de inocência)”<sup>927</sup>.

É certo o seguinte, malgrado as divergências, a prisão preventiva motivada, no sentido de impedir a reiteração crimosa ou grave perturbação à ordem e tranquilidade pública, cumpre a finalidade do processo concernente à restauração da paz jurídica rompida com o crime.

Maria João Antunes, nessa direção, consigna que “o perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da atividade criminosa, releva para a aplicação de uma medida de coacção somente quando ligado à finalidade processual de restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa com a prática do crime, finalidade que se evidenciará, de forma autónoma e particular em razão da natureza e das circunstâncias concretas do crime ou da personalidade do arguido”<sup>928</sup>.

De observar que o princípio da presunção de inocência reveste o cidadão de proteção jurídica, dentro daquela *função-escudo* do processo penal, de modo a impedir uma prisão sem um processo equitativo e conclusivo a respeito da sua culpa. Por isso mesmo, a prisão preventiva, quando tenciona obstar a prática de novos crimes, de alguma sorte, parte de uma presunção de perigosidade<sup>929</sup>. O perigo de reiteração criminosa deve ser, por isso mesmo, concreto e evidente, para com isso possa ser contrabalanceado com a presunção de inocência.

No caso particular da prisão preventiva empregada para impedir novos crimes, emerge da realidade sua necessidade, pois o sujeito permanecerá preso por conta das concretas evidencias contra si a vista de uma prognose de reiteração criminosa, nada obstante a condição de inocente presumido.

Por exemplo, conquanto o TC, no Acórdão n.º 607/2003, pondere o respeito à vida privada do arguido, os indícios eram fortes no sentido de que havia uma inclinação

---

<sup>927</sup> *Que Futuro para o Direito Processual Português? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 672.

<sup>928</sup> *O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção*, p. 1254.

<sup>929</sup> Segundo o escólio de Jorge de Figueiredo Dias, o princípio da perigosidade corresponde a um “princípio verdadeiramente essencial do direito das medidas de segurança foi sempre – e, apesar do que ficou dito, continua a ser – o princípio da perigosidade: o princípio segundo o qual condição *sine qua non* da aplicação de qualquer medida de segurança, privativa ou não privativa de liberdade, é que o agente revele o perigo de vir a cometer no futuro novos factos ilícitos-típicos” (*Direito Penal Português. Parte Geral II*; ob. cit., p. 440).

pelo cometimento de crimes sexuais, motivo porque o despacho do Juízo de instrução da Relação de Lisboa não merecia ser reformado. O caso concreto mostrava a necessidade da medida de coacção, malgrado o questionamento sobre licitude da prova apreendida (diários).

Segundo Figueiredo Dias, “tal como foi intuído pelo Iluminismo e pela sua ideia-mestra do ‘contrato social’, a função do direito penal – cumprimento difícilíssimo, porque antinómica – é assegurar a cada pessoa o exercício da mais inteira liberdade pessoal e simultaneamente garantir à comunidade as mais latas margens de paz e segurança”<sup>930</sup>.

Portanto, há que considerar que essa prisão preventiva, cujo escopo consiste em impedir que um suspeito possa reiterar, supõe uma situação infracional concreta e específica, pois ela não pode se basear, consoante observa Ireneu Cabral Barreto, com base no caso *Guzzardi* da Convenção EDH, em uma “política de prevenção geral contra uma pessoa ou categoria de pessoas que se revelem perigosas”<sup>931</sup>.

Destarte, vê-se um conjunto de regras que legitimam o uso da prisão preventiva contra alguém que delinuiu e contra quem pesa, ao mesmo tempo, um juízo de presunção positivo de reiteração criminosa (*pericolo di reiteratio criminis*). O problema, portanto, consiste em saber quando há um quadro concreto em relação a essa probabilidade.

Basicamente, o Juiz deve levar em conta os seguintes aspectos: a) gravidade do crime praticado; b) periculosidade do arguido ou denunciado. O primeiro critério diz respeito à natureza do crime praticado, pois quanto mais grave e ofensivo aos bens jurídicos, mas razão haverá para a prisão preventiva. O §112a StPO, por exemplo, permite a adoção da prisão preventiva com base em circunstâncias concretas de que o arguido poderá reiterar crimes sexuais, tráfico de drogas, roubos, entre outros previstos no § 112a (1), n. 2 StPO<sup>932</sup>. Em síntese, crimes relacionados à grave criminalidade, por isso mesmo indispensáveis à avaliação dessa medida coercitiva. O segundo critério deve levar em conta o respectivo histórico de infrações, que não se restringe aos casos sentenciados, mas a todos os incidentes ou condutas concretas que evidencie a *personalità pericolosa* do suspeito.

---

<sup>930</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>931</sup> *Ob. cit.*, p. 127.

<sup>932</sup> Cf. LEMKE, Michael; *Strafprozessordnung*. Bearbeitet von Dr. Karl-Peter Julius. 4., Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2009, p. 678.

Segundo Paolo Tonini, «*deve essere ricavata dais precedenti penali o da comportamenti o atti concreti, che devono essere espressamente indicati*»<sup>933</sup>. Esse “diagnóstico”, segundo Jordi Fenoll, pode ser baseado em um exame de natureza psicológica oferecido por um perito<sup>934</sup>.

Sandro Fùrfaro, no mesmo sentido, sugere duas ponderações à guisa de prognose, ou seja, para constatar o perigo concreto de reiteração: a) modo e circunstâncias específicas do fato; b) personalidade do investigado ou arguido<sup>935</sup>.

Rogério Schietti, por sua vez, tem como necessário encontrar um ponto de equilíbrio<sup>936</sup> entre os interesses do indivíduo contra os excessos que podem ser cometidos pelo Estado e os interesses legítimos da sociedade em prol da segurança<sup>937</sup>.

Há quem invoque o princípio, pois interessa à sociedade<sup>938</sup>. Para Javier Rodríguez, isso implicaria a desnaturalização da relação de proporção, na medida em que esse princípio tem como função proteger o arguido contra as ofensivas do Estado, não

---

<sup>933</sup> *Idem*, p. 448.

<sup>934</sup> Cf. FENOLL, Jordi Nieva; *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*; ob. cit., p. 191. Pois de acordo com Fenoll, “Dicha personalidad debe ser evaluada en la resolución de adoción de la medida cautelar. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el juez no es ningún psicólogo experto que pueda valorar esa personalidad. Por ello, antes de adoptar la prisión, será preciso someter al imputado a pruebas psicológicas sobre su oportunidad de reincidencia, que existen ya para algunos delitos, como la violencia de género o los delitos sexuales, pero que deberían ser ampliadas a otros casos concretos” (*idem, ibidem*).

<sup>935</sup> Nesse sentido, Sandro Fùrfaro observa: “Ultima delle esigenze cautelari previste dall’art. 274 attiene al pericolo, da valutarsi in concreto, che l’indagato e/o imputato, ove non assoggettato ad alcuna misura, possa commettere «gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l’ordine costituzionale, ovvero delitti di criminalità organizzata», od ancora delitti «della stessa specie di quello per cui si procede». Trattasi della finalità cautelare c.d. di prevenzione speciale, evidenziata dalla legge-delega attraverso il richiamo alle «esigenze di tutela della collettività», la quale più delle altre elencate nell’art. 274 ha suscitato notevoli perplessità e rilevanti problemi specie con riferimento al pericolo di ripetizione di un delitto della stessa specie di quello contestato [v., sul punto, Marzaduri, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Digesto pen.*, VIII, Torino, 1992, 71; nonché AMATO, sub art. 274, in *Comm. Amodio, Dominioni*, III, Milano, 1990, 37; CHIAVARIO, 53]. Due gli elementi da tenere in considerazione ai fini del giudizio prognostico circa la sussistenza del «concreto pericolo» di *reiteratio criminis*: «specifiche modalità e circostanze del fatto» e «personalità della persona sottoposta alle indagini o dell’imputato»” (ob. cit., p. 1655-1656).

<sup>936</sup> Cf. VUOLO, Mike; Incorporating consensus and conflict into the legitimacy of law. *Crime, Law and Social Change*. Na *Interdisciplinary Journal* (Volume 62, Number 2, September 2014). Berlin: Springer Editor, 2014.

<sup>937</sup> As medidas cautelares no projeto do novo CPP. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 46. n. 183. Brasília: Senado, julho./set. 2009, p. 220.

<sup>938</sup> Segundo Javier Rodríguez, “un sector imporante de la doctrina latino-americana y alemana defende dicho tipo de causales de prisión preventiva. Se ha dicho tipo de causales de prisión preventiva. Se há dicho que la sociedad debe defenderse ante la posibilidad de que el imputado durante el proceso cometa nuevos delitos. El Tribunal Constitucional alemán parte de este punto de vista, ello a pesar de que reconoce que desempeña una función preventiva policial” (*Prisión preventiva. Límites constitucionales*, ob. cit., p. 210).

sendo pertinente, com base nisso, legitimizar uma verdadeira antecipação de pena contra o investigado ou denunciado<sup>939</sup>.

Em outro sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDA), por meio da Informação n. 35-2007, tem como contrária à presunção de inocência a prisão preventiva baseada no desejo de impedir a prática de novos crimes<sup>940</sup>.

Jescheck e Jürgen Wolter criticam o risco de reiteração delictiva como causa da prisão preventiva. Nessa perspectiva, propõe-se sua admissão como uma espécie de medida de segurança antecipada<sup>941</sup>. Porém, claramente deixaria de ser uma medida de coação. Por isso que, parece-nos mais clara, sua pertinência a vista do escopo processual de restabelecimento da paz jurídica rompida com o crime.

Em resumo, não há um consenso doutrinário sobre a natureza jurídica da prisão preventiva quando visa a impedir a reiteração criminosa. Porém, parece-nos mais consistente reconhecê-la como de natureza jurídico-processual penal, pois serve à restauração da paz jurídica quebrada com o crime.

De todo modo, subsiste nos mais variados sistemas, motivo pelo qual imposta com recorrência onde preponderam níveis elevados de criminalidade. Sem embargo, o instituto mantêm-se dentro da estrutura do direito processual penal, porque não perdeu o caráter de meio necessário à consecução dos escopos do processo, mesmo na contenção à reiteração criminosa, pois nessa hipótese está em questão a ordem e a tranquilidade públicas.

### **3. O princípio da adequação**

Não basta a necessidade, faz-se mister que a prisão preventiva seja adequada à situação concreta, às expectativas de garantia da efetividade processual e à integridade dos bens jurídicos que podem ser ofendidos com sua não decretação.

---

<sup>939</sup> *Prisión preventiva. Límites constitucionales, ob. cit.*, p. 211.

<sup>940</sup> Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/>. Acesso em: 02/01/2020.

<sup>941</sup> *Apud* RODRÍGUEZ, Javier Llobet; *idem*, p. 224.

Com base no art. 193º, n.º 1, do CPP português, as medidas de coação devem ser adequadas às exigências cautelares. Será, portanto, adequada quando for suficiente ao fim processual que se busca. O princípio reaparece no art. 202º, quando prescreve que “se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a prisão preventiva”.

Então, na hipótese do termo de identidade e residência (art. 196º), a caução (art. 197º), a obrigação de apresentação periódica (art. 198º), a suspensão do exercício de profissão ou função (art. 199º), a proibição e imposição de condutas (art. 200º) ou a obrigação de permanência na habitação (art. 201º), não se revelarem suficientes às exigências cautelares, poderá ser decretada uma prisão preventiva.

Pinto de Albuquerque, “o princípio da adequação consiste em que as medidas de coação e de garantia patrimonial devem ser adequadas às exigências cautelares que o caso requerer”<sup>942</sup>.

Maia Costa, por sua vez, assinala que “o princípio da adequação impõe que as medidas sejam idóneas para a promoção dos fins cautelares perseguidos. Tal significa que a medida de coação deve ter em conta a situação concreta e que deve ser reavaliada (agravada ou atenuada) sempre que houver modificações dessa situação”<sup>943</sup>.

Sendo assim, na esteira de precedentes da Corte EDH, pode-se extrair as seguintes consequências desse princípio: a) as medidas cautelares são impostas em função de fatos, não da gravidade do crime (*Nakmanovich v. Rússia*, 2.3.2006); b) as medidas cautelares devem considerar a circunstância fática correspondente ao momento da sua decretação; c) as medidas cautelares consideram as peculiaridades pessoais do arguido (*Khudoymov v. Rússia*, 8.11.2005); d) as medidas cautelares podem ser readequadas a qualquer momento; e) exige-se uma motivação especial para sua readequação; f) as medidas cautelares devem ser revogadas quando desaparecerem os respectivos motivos; g) “deve ser sindicada pelo tribunal de recurso com base num juízo de prognose póstuma reportado ao circunstancialismo existente no momento da tomada da decisão”<sup>944</sup>; h) a legalidade da

---

<sup>942</sup> *Idem*, p. 568.

<sup>943</sup> MAIA COSTA, Eduardo *et alii*; *Código de Processo Penal Comentado*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 859.

<sup>944</sup> ALBUQUERQUE, Paulo de Pinto; *idem*, p. 569.

medida cautelar independe do desfecho da persecução penal, quer condenado ou inocentado ao cabo do processo<sup>945</sup>.

Maria João Antunes recorda que referido princípio serve de expressão ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, sem embargo de que “constitui um critério de escolha de determinada medida entre as legalmente previstas”<sup>946</sup>. Nesse sentido, tem-se o internamento em hospital psiquiátrico em favor daquele que sofre de enfermidade mental<sup>947</sup>.

De facto, há uma estreita relação entre o princípio da adequação e o princípio da proporcionalidade. Para Claus Roxin, o princípio da adequação impõe a prisão preventiva dentro do estritamente necessário<sup>948</sup>. Vittorio Grevi, na mesma direção, divisa que o princípio da adequação está conectado com o princípio da proporcionalidade, que na forma do art. 275, *comma* 2º, pondera que toda medida de coação de ser proporcional ao fato e a sanção que possa ser imposta<sup>949</sup>.

Para Paolo Tonini, como o Código prevê uma relação de medidas cautelares, naturalmente haverá uma estruturada e adaptável ao caso concreto (*pluralidade graduada*), dentro dos limites legislativos. Por isso mesmo, «*il sistema è ordinato in base al principio della 'pluralità graduata', secondo cui le misure sono connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale*»<sup>950</sup>. Nesse sentido, o princípio da adequação representa um critério de escolha do magistrado.

No particular da prisão preventiva, será imposta depois de se constatar que nenhuma outra medida prevista no CPP terá condições de cumprir a respectiva exigência cautelar. O art. 273, n.º, do CPP italiano, dispõe nesse sentido, dizendo que «*a custodia*

---

<sup>945</sup> ALBUQUERQUE, Paulo de Pinto; *idem, ibidem*.

<sup>946</sup> *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 138. Segundo Maria João Antunes, “o princípio da adequação encontra expressão no artigo 193.º, n.º 1, ao ser afirmado que as medidas de coação, a aplicar em concreto, devem ser adequadas às exigências cautelares que o caso requerer. Este princípio, ao mesmo tempo que assume a condição de critério de escolha das diversas medidas de coação postas à disposição, é um exemplo particularmente paradigmático do carácter cautelar destas, uma vez que o aplicador, ao motivar a sua decisão, terá que pôr em evidência a idoneidade específica da medida em relação à natureza e ao grau de exigências cautelares a satisfazer no caso concreto” (*O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação*, p. 1254).

<sup>947</sup> Cf. ANTUNES, Maria João; *idem*, p. 138.

<sup>948</sup> *Derecho Procesal Penal*. Trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Rev. por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Ediores del Puerto, 2003, p. 258.

<sup>949</sup> *Compendio di Procedura Penale*, p. 370.

<sup>950</sup> *Manuale di Procedura Penale*, p. 449.



*cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate».*

Nas palavras de Sandro Fùrfaro, por conta do princípio da adequação, a medida cautelar de custódia em cárcere deve ser considerada como o única maneira de tutela indônea a satisfazer as exigências cautelares<sup>951</sup>.

Vittorio Grevi, a propósito, indica a hipótese do art. 275, *comma* 4, do CPP italiano, para mostrar que não é adequado manter uma mãe com filhos menores de seis anos de idade, salvo quando houver uma exceção de elevada relevância. Por isso, chama de presunção de não necessidade<sup>952</sup>.

Para Aury Lopes Jr, que vê o princípio da adequação como uma faceta do princípio da proporcionalidade, há que considerar a gravidade do crime e suas circunstâncias, somado à situação pessoal do arguido, para então reservar “sempre a prisão preventiva para situações extremas”<sup>953</sup>.

Destarte, será adequada a medida coercitiva quando cumprir de maneira objetiva seu desiderato, sem desconsiderar circunstâncias concretas que dizem respeito ao investigado ou acusado, bem como em relação à proteção do respectivo bem jurídico. Por exemplo, na hipótese em que o arguido se recusar a manter distância da vítima, mormente nos casos de violência doméstica. Para esta situação, será adequada a prisão preventiva, na medida em que cresce o perigo de reiteração criminosa, ainda que não subsista um crime grave ou histórico de delinquência.

---

<sup>951</sup> “L’art. 275, 3° co., nel testo vigente configura, al susistere di gravi indizi di colpevolezza in relazione a determinati reati di colpevolezza in relazione a determinati reati di particolare gravità, la misura cautelare della custodia in carcere come l’unico strumento di tutela idoneo a soddisfare le esigenze previste dall’art. 274. In tal modo è venuta delineandosi una sorta di presunzione di adeguatezza che, limitatamente ad alcune ipotesi delittuose, ha sostituito l’originaria configurazione della custodia in carcere come extrema ratio da disporre esclusivamente nelle ipotesi di inadeguatezza delle altre forme di intervento a fini cautelari” (FÚRVARO, Sandro; *Codice di Procedura Penale Commentato*, p. 1671-1672).

<sup>952</sup> *Compendio di Procedura Penale*, p. 376.

<sup>953</sup> *Prisões Cautelares. Lei n. 12.413 de 2011*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 46. Por outro lado, observa Aury: “Contudo, ‘condições pessoais do indiciado ou acusado’ pode, se mal utilizado, abrir um perigoso espaço para um retrocesso ao direito penal do autor, com o desvalor de ‘antecedentes’, por exemplo, para adotar medidas mais graves, como a prisão preventiva. Com certeza, os adeptos do discurso punitivo e resistente às novas medidas alternativas utilizarão ‘as condições pessoais do indiciado’ para determinar a prisão preventiva. Infelizmente. Destarte, ainda que o juiz não deva desconsiderar as condições do caso concreto, há que ter muito cuidado (especialmente pela via do controle da legalidade/necessidade da prisão, por parte dos tribunais) para não fazer um giro discursivo rumo ao superado direito penal do autor” (*idem*, p. 46).

#### 4. O princípio da proporcionalidade

*Est modus in rebus*, dizia o poeta Horácio. Com efeito, figura o princípio da proporcionalidade<sup>954</sup> como um dos mais importantes concernentes à prisão preventiva, pois com base nele será possível aferir o emprego abusivo ou não dessa medida de coação<sup>955</sup>.

Previsto no art. 193º, do CPP português, o princípio da proporcionalidade indica o seguinte: as medidas de coação devem ser “proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas”.

É interessante observar que a redação do dispositivo português guarda uma correspondência com a ideia da proporcionalidade contida no § 112, (I), StPO (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)<sup>956</sup>, no sentido de subsistir uma relação entre a medida de coação e a sanção penal em perspectiva.

De alguma sorte, não corresponde ao mesmo significado percebido por Teresa Armenta Deu, por exemplo. Para Teresa, proporcionalidade supõe uma ponderação entre os interesses em disputa, quer isso dizer, entre a liberdade do indivíduo e a importância da medida para a sociedade. Em outras palavras, que a restrição da liberdade tenha um conteúdo adequado com o desiderato que a prisão preventiva tenciona<sup>957</sup>.

Francisco Fernandes, considerando que subsistem crimes que não são punidos com penas privativas de liberdade, sustentara há mais de século que “para os réos n’elles incursos, não deve em regra exigir-se a detenção preventiva, nem mesmo nos casos de flagrante delicto, confissão ou reincidência”<sup>958</sup>.

---

<sup>954</sup> ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*. 29., Auflage. München: C. H. Beck, 2017, p. 11; cf. PFEIFFER, Gerd; *Strafprozessordnung*. 5., Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2005, p. 272.

<sup>955</sup> Como destacou Humberto Ávila, “sua investigação revela problemas que devem ser esclarecidos, sob pena de a proporcionalidade, que foi concebida para combater a prática de atos arbitrários, funcionar, paradoxalmente, como subterfúgio para a própria prática de tais atos” (*Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 164).

<sup>956</sup> Cf. GRAF, Jürgen-Peter; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, p. 648.

<sup>957</sup> Segundo Teresa Armenta Deu: “La proporcionalidad exige que la norma restrictiva del derecho a la libertad de movimientos tenga un contenido adecuado a los fines que con la prisión provisional se pretende alcanzar. Junto a la necesidad e idoneidad de la medida se requiere que concurra la proporcionalidad ‘strito sensu’, es decir, el juicio de ponderación entre los intereses en juego, de manera que el sacrificio de la libertad de la persona resulte razonable en comparación con la importancia del fin de la medida” (*Estudios sobre el proceso penal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 2008, p. 323-324).

<sup>958</sup> *Ob. cit.*, p. 77.

É evidente que uma prisão preventiva não pode ser decretada contra quem praticou um crime não punido com pena de reclusão. Nesse diapasão, comenta Maria João Antunes, para a qual “as medidas de coação devem ser proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas, dando-se assim cumprimento ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo”<sup>959</sup>.

Em certos casos, bastaria a obrigação de permanência na habitação ou mesmo a apresentação periódica prevista no art. 198, do CPP português. São medidas que perfeitamente se ajustam às necessidades processuais cautelares, sobretudo proporcionais à intensidade delituosa, sem mitigar o direito à liberdade e o princípio da presunção de inocência.

Por conta desse princípio, coloca-se outra questão pertinente à natureza jurídica da prisão preventiva.

Ora, se considerarmos que a medida subsiste exclusivamente para garantir a efetividade do processo penal (como sustentam os que insistem na equivalência dos pressupostos da prisão preventiva àqueles das medidas cautelares processuais civis), como admitir essa medida de coação fundada no perigo de fuga do suspeito ou de iniquação das provas, quando a sentença do processo não poderá impor uma pena de reclusão?

Como dito, o § 112 (I) do StPO também prevê o princípio da proporcionalidade. Em síntese, a prisão preventiva (*Untersuchungshaft*) não pode ser ordenada fora de uma relação de proporção entre a significação (importância) do caso e a pena esperada, ou entre uma melhor medida e sua respectiva proteção<sup>960</sup>.

Deveras, o princípio da proporcionalidade, no particular da prisão preventiva, corresponde ao *Vehältnismäßigkeitsgrundsatz* do processo penal alemão<sup>961</sup>, contido de modo expresso no § 112 do StPO<sup>962</sup>, de modo a vedar sua decretação, na hipótese de não

---

<sup>959</sup> *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 138.

<sup>960</sup> § 112 Voraussetzungen der Untersuchungshaft; Haftgründe. (1) Die Untersuchungshaft darf gegen den Beschuldigten angeordnet werden, wenn er der Tat dringend verdächtig ist und ein Haftgrund besteht. Sie darf nicht angeordnet werden, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht.

<sup>961</sup> Cf. MEYER-GOßNER, Lutz; SCHMITT, Bertram; *Strafprozessordnung*, p. 533; SCHULZE, Jan Peter. *Die Untersuchungshaftvollzugsgesetze der Länder im Vergleich*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2017, p. 13; BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*, p. 139;

<sup>962</sup> Segundo Hans-Heiner Kühne, “Die gesetzliche Erwähnung des Gebots der Verhältnismäßigkeit hat nur deklaratorische Bedeutung, da dieser Grundsatz kraft Verfassung sowieso gilt, vgl. oben Rn 406. Das BVerfG hat erläutern formuliert, das U-Haft nur dann verhältnismäßig sei, „wenn und soweit der legitime

subsistir uma relação de proporção entre a gravidade da conduta e uma pena em perspectiva. Segundo Jürgen-Peter Graf, funciona precisamente como uma razão de exclusão da prisão preventiva (*Haftausschließungsgrund*)<sup>963</sup>, ou seja, uma espécie de pressuposto negativo da medida de coação.

Meyer-Goßner, relativamente ao princípio da proporcionalidade, pontua que a mesma deve ser garantida, não por ser um pressuposto, mas porque a desproporção consiste em um motivo de exclusão da prisão preventiva (*Haftausschließungsgrund*)<sup>964</sup>.

O art. 275, do CPP italiano, semelhantemente, impõe como critério pertinente à escolha da medida cautelar adequada, uma relação de proporcionalidade entre os fatos e as sanções previsíveis. De acordo com o art. 275, n.º 2, *Ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata*”

Antonio Cristiani, por exemplo, vê nisso um apelo ao princípio da concretude (*principio di concretezza*), pois há que ponderar o caso concreto, no afã de impor uma medida cautelar que seja proporcional a pena que será imposta na hipótese de condenação. Segundo o professor italiano: «*I critério di scelta delle misure, che riflettono le già accennate direttive del legislatores delegante, sono raccolti nell'art. 275 alla luci di un oportuno principio di concretezza. L'esperienza del passato insegnava, infatti, come*

---

Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters nicht anders gesichert werden kann, als durch vorläufige Inhaftierung eines Verdächtigen. Wichtig in diesem Zusammenhang ist § 113, der eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips vornimmt. Danach darf bei Delikten, die abstrakt mit keiner höheren Strafe als sechs Monate Freiheitsentzug oder Geldstrafe bis zu 180 Tagssätzen bedroht sind, wegen des Haftgrundes der Verdunklungsgefahr keine U-Haft angeordnet werden. Im Hinblick auf dem Haftgrund der Fluchtgefahr gilt das Verbot der U-Haft bei diesen Delikten nur grundsätzlich. Wenn sich der Beschuldigte bereits einmal in derselben Sache dem Verfahren entzogen hatte oder aber bewiesenermaßen Anstalten zur Flucht getroffen hat, wenn er keinen festen Wohnsitz oder Aufenthalt in der Bundesrepublik oder wenn er sich über seine Person nicht ausweisen kann, darf dennoch U-Haft angeordnet werden, § 113 II“(Strafprozessrecht, p. 247-248).

<sup>963</sup> *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. Herausgegeben von Rolf Hannich. 7., Auflage. München: Verlag C. H. Beck München 2013, p. 649. No mesmo sentido Werner Beulke, para quem não é uma condição positiva da prisão preventiva, muito pelo contrário, comporta-se como um *Haftausschließungsgrund* (“Gem. § 112 I 2 StPO darf Untersuchungshaft generell nicht angeordnet werden, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht. Die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit stellt allerdings keine positive Voraussetzung der Verhängung von Untersuchungshaft dar. Vielmehr beinhaltet die (feststehende) Unverhältnismäßigkeit einen Haftausschließungsgrund. Als socher is die Unverhältnismäßigkeit nur dann relevant, wenn si positiv feststeht, nicht schon dann, wenn die Verhältnismäßigkeit zweifelhaft erscheint. Für den Bereich der Kleinkriminalität § 113 StPO gesetzliche Konkretisierungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“)(Strafprozessrecht, p. 129-130).

<sup>964</sup> *Strafprozessordnung. Becklche Kurz Kommentar*, p. 507.

*nell'apparente specifica motivazione dei provvedimenti, si potesse annidare il rischio di affermanzioni di carattere astratto, virtualmente polivalenti, che finivano per dimostrarsi niente più che trasi di stile. Ancora, il principio di adeguatezza, che riflette quello di gradualità, viene ad essere normativamente completato con il critério per il quale ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata: principio, quest'ultimo, già presente nel vecchio ordenamento processuale nell art. 277 bis»<sup>965</sup>.*

Pinto de Albuquerque, exemplificando, traz um conjunto de hipóteses em que a medida de coação privativa de liberdade será desproporcional<sup>966</sup>, caso decretada, por exemplo, contra: (a) quem tenha causado um prejuízo à vítima menor que um salário mínimo; (b) tenha ressarcido integralmente o prejuízo causado ao ofendido; (c) seja atribuído um crime público, porém tenha sido perdoado pelo ofendido; (d) seja atribuído a prática de um crime público, mas o ofendido tenha desistido de oferecer a queixa; (e) quem tenha sido vítima de retaliação por parte do ofendido causando-lhe dano equivalente; (f) quem tenha sido imputado por um crime que causou até três dias de doença para o ofendido; (g) o arguido menor de 21 anos à data da decisão que decretaria a medida de coacção; (h) o arguido maior de 65 anos à data da decisão que decretaria a medida de coacção; (i) o arguido responsável por menor ou familiar exclusivamente sob seu cargo; (j) o arguido que reúna as condições de obter o direito à suspensão da execução da pena; (l) quem decretou uma medida automática de duração indeterminada<sup>967</sup>.

O princípio da proporcionalidade desenvolveu-se sobretudo no âmbito do direito penal material que passou a não conceber a imposição de uma pena de maneira desproporcional ao crime cometido. Para tanto, basta recordar a obra *Dei delitti e delle pene* do século XVIII de Cesare Beccaria <sup>968</sup>.

---

<sup>965</sup> *Manuale del Nuovo Processo Penale. Seconda edizione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1991, p. 242

<sup>966</sup> *Idem*, p. 269.

<sup>967</sup> Cf. *Riener v. Bulgária*, 23.5.2006; *Gotchev v. Bulgária*, 26.11.2009, Corte EDH (*idem*, p. 569-570).

<sup>968</sup> Mariano Cúneo Libarona e Augusto Nicolás Garrido, sobre o contributo de Beccaria para o princípio da proporcionalidade, comentam que: “Ya Beccaria lanzó sus críticas contra el sistema imperante y afirmo, citando a Montesquieu, que ‘toda sanción que no derive de la absoluta necesidad, será tiránica’, que ‘la necesidad obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia y el agregado de todas essas pequenas porciones de libertades posibles forma el derecho de castigar, todo lo demás es abuso y no justicia: es hecho, no derecho’. Beccaria entendió que ‘justicia’ era el vínculo necessário para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad. Y, em consecuencia, considero que todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas por su naturaliza y que

Aliás, Humberto Ávila regista que a ideia de *proporção* perpassa toda a ciência jurídica com o propósito de subscrever o escopo de atribuir a cada um sua fração. Por exemplo, “no direito penal faz-se referência à necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites da pena”<sup>969</sup>.

O art. 49º, n.º 3, da Carta de DFUE declara que “as penas não devem ser desproporcionais em relação à infração”. Do mesmo modo, a medida de coacção não pode ser mais severa que a exigência cautelar necessária à proteção do respectivo risco processual ou do bem jurídico em questão.

Segundo Jorge Miranda, sujeitam-se ao crivo da proporcionalidade, entre outras hipóteses, a prisão preventiva, de natureza excepcional, que somente pode ser endossada quando outra medida mais favorável não for aplicada<sup>970</sup>.

Essa exigência de proporcionalidade, na experiência portuguesa, decorre diretamente da redação do art. 27, n. 3, alínea *b*), da CRP, “quando reserva a prisão preventiva para os casos em que haja fortes indícios de crime doloso a que corresponda pena de prisão de máximo superior a três anos”<sup>971</sup>.

Mariano Libarona e Nicolás Garrido, no mesmo sentido, recordam que essa proporcionalidade está presente no seio da justiça penal e do direito como um todo, não por

---

‘para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes’ (*Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Directores ALMEYRA, Miguel Á; BÁEZ, Julio C., Coordinador Adrián R. Tellas. 1ª edición.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 473).

<sup>969</sup> ÁVILA, Humberto; *idem*, p. 163.

<sup>970</sup> *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1 Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 300.

<sup>971</sup> ANTUNES, Maria João; 2016, p. 139. Segundo Maria João, “É ainda uma exigência de proporcionalidade que está presente na norma segundo a qual a execução das medidas de coacção não deve prejudicar o exercício de direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as exigências cautelares que o caso requerer (art. 193º, n.º 4, do CPP). A exigência tem particular relevo nos casos em que a medida de coacção é a prisão preventiva, valendo para a execução desta o que se dispõe nos artigos 1º e 123º do Código da Execução das Penas e das Medidas Privativas da Liberdade e 221º a 225º do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais. Segundo aquele artigo 123º, n.º 1, a prisão preventiva em conformidade com o princípio da presunção de inocência, é executada de forma a excluir qualquer restrição da liberdade não estritamente indispensável à realização da finalidade cautelar que determinou a sua aplicação e à manutenção da ordem, segurança e disciplina no estabelecimento prisional” (*Direito Processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 139).

menos permeia as principais declarações de direito e com mesmo fundamento se estendeu para as medidas de coacção<sup>972</sup>.

É possível, também, enxergar o princípio da proporcionalidade na perspectiva do princípio da proibição do excesso. Essa proibição do excesso (*übermassverbot*) supõe que toda grave intervenção estatal na esfera jurídica do indivíduo está sob à luz da proporcionalidade dos meios empregados<sup>973</sup>.

Para Winfried Hassemer, uma óbvia consequência do princípio da proibição do excesso consiste na prioridade das medidas menos lesivas que possam de igual sorte garantir os escopos da prisão preventiva<sup>974</sup>.

A sanção previsível será fundamental à aferição da medida de coacção aplicável<sup>975</sup>. Caso a consequência jurídica não aponte para a privação da liberdade em perspectiva, a prisão preventiva do arguido será desproporcional<sup>976</sup>.

---

<sup>972</sup> *Idem*, p. 472. Segundo o escólio de Mariano Libarona e Augusto Nicolás Garrido, “Por ello, el principio de proporcionalidad reviste suma trascendencia entre los principios constitucionales del Derecho Penal propios de un Estado de Derecho y representa um limite al poder del Estado que no puede nunca afectar en forma desmedida los derechos del ciudadano. Como presupuestos legitimantes, como reglas básicas para ordenar medidas altamente invasivas, nuestra Constitución y los Pactos Internacionales reclaman, siempre, de manera inderogable, que la injerencia responda a um complejo y exigente estándar de proporcionalidad que implica: (1) que la medida esté prevista em la ley y resulta razonable; (2) que sea idónea para la consecución de los fines que la justifican y necesaria en cuanto su finalidad no pueda obtenerse por medio de otros mecanismos con menos carga de lesividad; (3) que entre la lesión del derecho fundamental y la finalidad perseguida se identifique una razón justificativa del sacrificio suficientemente seria y, en definitiva, de manera acentuada en nuestro sistema constitucional; (4) que la medida sea ordenada por la autoridad judicial sobre la base de buenas razones justificativas y exteriorizadas que patenten la concurrencia de los anteriores presupuestos” (*idem, ibidem*).

<sup>973</sup> LIBARONA, Mariano Cúneo; GARRIDO, Augusto Nicolás; *idem*, p. 472. Especificamente sobre a proibição do excesso, comentam Mariano Libarona e Augusto Garrido que “considera entonces que toda intervención estatal gravosa de la esfera jurídica de un individuo está así sometida al mandato de la proporcionalidad del medio empleado. De este modo, la prohibición del exceso representa uma relación de medio a fin adecuada al principio del Estado de Derecho, válida para toda actuación estatal, es decir, también para la aplicación de penas y medidas” (*idem*, p. 474).

<sup>974</sup> *Ob. cit.*, p. 120.

<sup>975</sup> Cf. SCHOLTHAUER, Reinhold; WEIDER, Hans-Joachim; NOBIS, Frank; *Untersuchungshaft mit Erläuterungen zu den UVoLLzG der Länder*. 5., Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2016, p. 222-228.

<sup>976</sup> Cf. HASSEMER, Winfried; *ob. cit.*, p. 121. Daí que, com acerto, Hassemer sustenta que o princípio da proporcionalidade deve ser considerado de maneira muito particular relativamente à prisão preventiva. Segundo ele, “También se encuentra fuera de discusión que el principio de proporcionalidad debe ser formulado en forma particular para el derecho de la prisión preventiva. Al respecto, debe tomarse en cuenta que los limites de la prisión preventiva señalados ya son concreciones del principio de proporcionalidad. Igualmente tiene sentido destacar este principio en particular especialmente aquí (§ 2). Esto, por un lado, es especialmente difícil frente a la injerencia intensa de la prisión preventiva. Por el outro, a pesar de estas concreciones, tiene otro ámbito de aplicación, tal como el caso del peligro de obstrucción de la averiguación de la verdad, el cual, comparativamente, se deriva de manera menos necesaria de los presupuestos fundamentales de nuestro derecho procesal penal, y, consecuentemente, debe tolerar más limitaciones a partir

Por exemplo, ela não poderá ser decretada quando o arguido voluntariamente se sujeitar à restrições impostas em função do processo instaurado. Incabível também quando a acusação ocorreu há mais de dez anos, sem embargo de que ela nunca poderá durar mais do que o necessário<sup>977</sup>.

Dentro do enquadramento jurídico-constitucional, a prisão preventiva não terá lugar quando desnecessária e desproporcional ao crime investigado. É manifesto o direito do arguido à coerção menos grave, dentro daquelas que se revelem idôneas<sup>978</sup> ao fim processual de natureza cautelar.

Segundo Bernadette Minvielle, será desproporcional, por isso deve cessar, nas seguintes situações: a) quando o tempo de prisão preventiva alcance o limite da razoável duração do processo; b) quando o tempo da prisão preventiva seja equivalente a pena que deveria cumprir em caso de sentença condenatória<sup>979</sup>.

Faz-se mister chamar atenção, como regista Julio Maier, para esta nova onda neopunitivista baseada na proteção de bens jurídicos contra os riscos de dano futuro, pois a partir dela se tem permitido a pena antecipada (*sociedade de risco*), precisamente pela prisão preventiva<sup>980</sup>.

Para Vicente Gimeno Sendra, o princípio da proporcionalidade, a partir da jurisprudência do Tribunal EDH, contém as seguintes notas essenciais. Primeiro, toda a restrição aos direitos fundamentais deve ser motivada. Segundo, as medidas devem ser perseguidas caso sejam absolutamente necessárias. Terceiro, deve existir uma adequação ou congruência entre a medida prevista ou aplicada com a relevância do bem constitucionalmente protegido. Quarto, a finalidade perseguida pelo ato instrutório e lesivo aos direitos fundamentais não pode ser alcançada por outra medida igualmente eficaz, porém não restritiva dos direitos fundamentais, ou seja, por uma alternativa menos gravosa que possa obter o mesmo objetivo com menos restrição<sup>981</sup>.

---

de la proporcionalidad – por ejemplo, respecto de la obstrucción de la averiguación de hechos referidos a la individualización de la pena” (*ob. cit.*, p. 123).

<sup>977</sup> MAYER-GOBNER, Lutz; *Straprozessordnung*, p. 507.

<sup>978</sup> MINVIELLE, Bernadette; *La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) y El enjuiciamiento penal. Summa Procesal Penal*. Director Pedro J. Bertolino. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 515.

<sup>979</sup> *Idem*, p. 490.

<sup>980</sup> MAIER, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal*, p. 394.

<sup>981</sup> *Idem*, p. 64.



Segundo Claus Roxin, o princípio da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário<sup>982</sup>. Em resumo, mesmo presente um motivo para a prisão preventiva, há que subsistir uma proporção entre a medida e a proteção que se busca.

Por fim, o princípio da proporcionalidade também desempenhará importante papel quando da execução do regime jurídico da prisão preventiva. É imperioso que subsistam condições menos severas para sua aplicação, de modo que as restrições, quando da execução da medida, guardem uma relação de proporção com a condição de inocente presumido<sup>983</sup>.

## 5. O princípio da subsidiariedade

É importante destacar que a prisão preventiva deve ser subsidiária por essência, razão pela qual só pode ser imposta como derradeira solução e na inexistência de medidas alternativas<sup>984</sup>. Ela, para ser aplicada, deve ser a única e última providência capaz de impedir a ocorrência dos riscos processuais<sup>985</sup>, nomeadamente a reiteração criminosa<sup>986</sup>.

Eduardo Correia, pontuara a importância de a ela se estender tudo que se desenvolveu na teoria dos meios de substituição da pena, como limite ao pressuposto da necessidade, para o qual «*dans le sens de conditio sine qua non de la légitimité de l'utilisation de cette mesure*»<sup>987</sup>.

Basicamente, as medidas de coação concernentes à prisão preventiva e à obrigação de permanência na habitação só podem ser aplicadas quando nenhuma das outras medidas indicadas no art. 196º do CPP português forem adequadas ou suficientes às

---

<sup>982</sup> *Idem*, p. 258.

<sup>983</sup> Cf. PIQUEREZ, Gérard; *Traité de procédure pénale suisse*. 2 édition. Genève: Schulthess, 2006, p. 553.

<sup>984</sup> Cf. ROSA CORTINA, José Miguel de la; *Las Medidas Cautelares Personales en El Proceso Penal*, p. 64.

<sup>985</sup> Cf. FENOLL, Jordi Nieva; *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. p. 183.

<sup>986</sup> Cf. KÜHNE, Hans-Heiner; *Strafprozessrecht*, p. 225; cf. PAEFFGEN, Hans-Ullrich; *SK-StPO. Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK*. Herausgegeben von Jürgen Wolter. Band II §§ 94-136a StPO. 5., Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2016, p. 865.

<sup>987</sup> *La Detention avant jugement*, p. 77.

exigências processuais penais de natureza cautelar. É o que diz, de maneira clara, o art. 193º, n.º 2, do CPP, segundo o qual “a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação só podem ser aplicadas quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coacção”.

Para Maria João Antunes, “expressa-se aqui o princípio político-criminal da privação da liberdade como *ultima ratio* da política criminal, bem como a preferência legal quanto à obrigação de permanência na habitação”<sup>988</sup>.

Schlothauer, Weider e Nobis, consideram que a prisão preventiva deve ser a *ultima ratio* especialmente quando se trata de reiteração criminosa, logo depois de reconhecer a *prognose der Wiederholungsgefahr*, ou seja, depois de um juízo positivo sobre a prognose de reiteiração<sup>989</sup>. Ou seja, não será a imediata medida a ser tomada, a vista do risco de continuidade delitiva. Antes, há-de se analisar, previamente, a pertinência de outra menos grave. Por exemplo, no caso de um gestor público investigado por corrupção, existe o risco de reiteração, caso permaneça à frente da administração. No entanto, será suficiente afastá-lo das funções.

Nesse sentido, reza o art. 193º, n.º 3, do CPP, segundo o qual “quando couber ao caso medida de coacção privativa de liberdade”, deve-se preferir a obrigação de permanência na habitação “sempre que ela se revele suficiente para satisfazer as exigências cautelares”. Com isso, o legislador português positiva a subsidiariedade da prisão preventiva. Trata-se, numa palavra, de uma consequência direta do art. 28º, n.º 2, da CRP, para o qual a prisão preventiva deve ser uma exceção<sup>990</sup>.

No CPP italiano, o art. 284º prevê o *arresti domiciliari*<sup>991</sup>, que corresponde à obrigação de permanência na habitação do CPP português, medidas essas que devem ser

---

<sup>988</sup> *Idem*, p. 139.

<sup>989</sup> *Untersuchungshaft mit Erläuterungen zu den UVollzG der Länder*, p. 320; cf. MEYER-GOßNER, Lutz; *Strafprozessordnung*, p. 516-517.

<sup>990</sup> De acordo com Maria João Antunes: “É, aliás, o art igo 28º, n.º 2, da CRP que determina que a prisão preventiva tem natureza excecional, não sendo decretada (prevista nem mantida) sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei. Esta norma constitucional vincula o legislador e o aplicador da lei à exigência de subsidiariedade da prisão preventiva, no sentido preciso de a ela se poder chegar somente depois de percorrido o caminho que afasta todas outras por inadequação ou insuficiência, face às exigências processuais de natureza cautelar que se façam sentir no caso” (*idem*, p. 140).

<sup>991</sup> *Articolo 284. Arresti domiciliari. 1. Con il provvedimento che dispone gli arresti domiciliari, il giudice prescrive all'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza ovvero, ove istituita, da una casa famiglia protetta.*

consideradas prioritariamente, de maneira que só subsidiariamente deve ser aplicada uma prisão preventiva.

É subsidiária, porque subsistem outras medidas legais e eficazes à contenção dos riscos à efetividade do processo. Segundo Fenoll, sempre que os perigos processuais possam ser prevenidos por uma medida cautelar mais leve, ela deverá ser preferida em relação a prisão preventiva<sup>992</sup>.

Para Lobo Moutinho a subsidiariedade decorre do princípio da proporcionalidade, sem embargo de que “conduz a incluir, entre os pressupostos de que depende a aplicação da prisão preventiva o de se revelarem inadequadas ou insuficientes, para os fins cautelares tidos em vista, as restantes medidas de coacção”<sup>993</sup>.

Essa subsidiariedade, portanto, tem haver com o carácter *ultima ratio* das medidas coercitivas que levam à ingerência nos direitos fundamentais<sup>994</sup>. Segundo Clariá Olmedo, será subsidiária quando as meramente limitativas não forem suficientes para conseguir o fim proposto<sup>995</sup>.

Segundo as Regras de Mallorca, precisamente o disposto no art. 20.1, a prisão preventiva não terá carácter de pena antecipada e poderá ser manejada unicamente como *ultima ratio*. Tem relação, portanto, com o princípio da intervenção mínima<sup>996</sup>. Para Mariano La Rosa, «*así como el derecho penal es la ultima ratio del ordenamento legal de um Estado, las medidas de coerción constituyen también la última herramienta de política criminal a adoptar*»<sup>997</sup>.

João Castro e Sousa, relativamente à natureza da prisão preventiva, subscreve ser “estritamente excepcional, não obrigatória e subsidiária”<sup>998</sup>. Lembra, demais disso, que considerando o princípio da presunção de inocência, o legislador português decidiu colocar

---

<sup>992</sup> Cf. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 183.

<sup>993</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui; Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ª edição. Colaboração José Lobo Moutinho et ali. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 664.

<sup>994</sup> ROXIN, Claus; idem, p. 250.

<sup>995</sup> *Apud* LA ROSA, Mariano R.; idem, p. 613.

<sup>996</sup> LA ROSA, Mariano R.; idem, p. 613.

<sup>997</sup> Idem, p. 613. Mariano R. La Rosa, com precisão cirúrgica, coloca que “la coerción solo es admisible cuando aparece como la medida menos lesiva entre todos los medios adecuados que entran en consideración. Es así que si existe una medida menos lesiva que la prisión preventiva para asegurar los fines del proceso penal, sólo ésta será legítima” (idem, p. 614).

<sup>998</sup> Os meios de coacção no novo Código de Processo Penal. *O Novo Código de Processo Penal*. CEJ. Coimbra: Almedina, 1991, p. 151.

o princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio* no CPP de 1987, por conta da danosidade que a prisão preventiva pode causar a um inocente<sup>999</sup>.

Esse carácter *ultima ratio* da prisão preventiva é reafirmado pelo CPP português por ocasião do disposto no art. 202, que mais uma vez endossa sua impertinência quando o juiz puder impor medidas coercitivas diversas, mas que sejam adequadas e suficientes ao escopo cautelar processual.

Nesse sentido, dispõe que “se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a prisão preventiva”, dentro das exigências cautelares previstas no art. 202º, n.º 1, do CPP

Portanto, com esteio no art. 202º, bem assim nos termos do art. 193º, ambos do CPP português e em sintonia com a Recomendação n.º R(80) 11 do Conselho da Europa de 1980, a prisão preventiva somente poderá ser imposta de maneira subsidiária, ou seja, tão-só quando inadequadas ou insuficientes as demais medidas legalmente previstas<sup>1000</sup>.

Embora a CRP seja expressa, no sentido de que a prisão preventiva só pode ser decretada de maneira subsidiária, quer dizer, na ausência de outra medida menos invasiva, ainda pesa discussão sobre o correto emprego da prisão preventiva, pois não raro é aplicada em descompasso com aqueles fins processuais de natureza cautelar, mas sob o manto do argumento da efetividade da administração da justiça.

Por isso, impõe-se, máxime em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, categorizar outro pressuposto que invariavelmente anteceda a prisão preventiva. Neste caso, examinar se subsiste outra medida de coacção menos cerceadora na órbita dos direitos individuais de alguém presumidamente inocente, ou seja, examinar a possibilidade de uma monitoração eletrônica, a obrigação de apresentação periódica (artigo 198, 1, CPP<sup>1001</sup>) ou a obrigação de permanência na habitação (art. 201, CPP<sup>1002</sup>), por exemplo.

---

<sup>999</sup> CASTRO E SOUZA, João; *idem*, p. 152.

<sup>1000</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. As medidas de coacção no Novo Código de Processo Penal. *O Novo Código de Processo Penal*. CEJ. Coimbra: Almedina, 1991, p. 182.

<sup>1001</sup> 1 – Se o crime imputado for punível com pena de prisão de máximo superior a seis meses, o juiz pode impor ao arguido a obrigação de se apresentar a uma entidade judiciária ou a um certo órgão de polícia criminal em dias e horas preestabelecidos, tomando em conta as exigências profissionais do arguido e o local em que habita.

<sup>1002</sup> 1 – Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a obrigação de não se ausentar, ou de não se ausentar sem autorização, da habitação própria ou de outra em que de momento reside ou, nomeadamente, quando tal se justifique, em

O requisito da subsidiariedade, de igual sorte, está contido no art. 202º, n.º 1, do CPP, quando expressamente condiciona a imposição de uma prisão preventiva “se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores”. Essa subsidiariedade, portanto, deve ser considerada desde a primeira hora pelo magistrado quando necessário decidir sobre um pedido do Ministério Público.

No caso *Jablonski vs. Poland*, a Corte EDH decidiu que compete ao Estado mostrar que a prisão preventiva não só é necessária, como também nenhum outro método ou medida dentre as processuais permitidas serão suficientes para substituí-la<sup>1003</sup>. De resto, somente é cabível quando impensável outra menos grave à vista das finalidades do processo.

## 6. O princípio da precariedade

O princípio da precariedade é uma consequência dos princípios da necessidade e da adequação. Segundo Maria João Antunes, “a medida de coação é imediatamente revogada sempre que tiverem deixado de subsistir as circunstâncias que justificaram a sua aplicação, porque deixou de ser necessária; e é substituída por outra menos grave ou determinada uma forma menos gravosa da sua execução quando se verificar uma atenuação das exigências cautelares que determinação a sua aplicação, porque a medida anteriormente deixou de ser necessária e adequada”<sup>1004</sup>.

Enquanto prevalecer o estado de inocência, que só será dissolvido quando sobrevir uma sentença condenatória confirmada em grau de recurso, toda prisão preventiva será temporária e precária, na medida em que pode ser revista a qualquer instante e com prazo certo para encerrar, caso não advenha uma condenação.

---

instituição adequada a prestar-lhe apoio social e de saúde, se houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos.

<sup>1003</sup> Segundo Ben Emmerson e Andrew Ashworth, “even if ‘relevant and sufficient’ grounds exist to justify detention in custody initially, the Court requires the State to show ‘special diligence’ in its conduct of proceedings in order to justify continued detention pending trial” (*Human Rights and Criminal Justice*, p. 365).

<sup>1004</sup> *O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção*, p. 1257.

Para a Corte EDH (*Wemhoff vs. Germany*), qualquer pessoa acusada no curso de um processo penal deve permanecer em liberdade, a não ser que subsistam motivos relevantes e suficientes hábeis a justificar a *continuação* da prisão<sup>1005</sup>.

O traço, destarte, mais característico do princípio da precariedade diz respeito a sua instabilidade, pois como consequência dele, a prisão preventiva pode ser revista ou perder a razão de subsistir, sobretudo quando desaparecer os respectivos motivos da sua decretação.

Essa posição é harmônica com a Corte EDH, pois ainda que exista uma suspeita razoável em relação a quem cometeu o crime, esse motivo não será suficiente para validar uma prisão preventiva por um longo lapso de tempo<sup>1006</sup>.

Em outras palavras, diante do desaparecimento superveniente das exigências processuais cautelares, impõe-se sua revogação, sob pena de configurar antecipação da pena, circunstância essa incompatível com o fim da prisão preventiva<sup>1007</sup>.

O art. 212º, n.º 1, *b*), do CPP deixa claro isso ao consignar que as medidas de coação são imediatamente revogadas sempre que deixarem de “subsistir as circunstâncias que justificam sua aplicação”.

Esse princípio pode ser sintetizado pela expressão *rebus sic stantibus*. A prisão preventiva deve ser substituída por outra medida de coação menos grave ou simplesmente revogada quando desaparecem as respectivas razões cautelares, como o encerramento da instrução processual, na hipótese da prisão ter sido imposta com base na perturbação das provas.

Sem embargo, por conta do art. 213º, do CPP, o juiz tem por obrigação reexaminar os pressupostos da prisão preventiva no prazo máximo de três meses, de modo que na hipótese de não estarem mais presentes os motivos cautelares ou desaparecido os riscos processuais, convém a substituição ou revogação da medida<sup>1008</sup>.

---

<sup>1005</sup> Cf. HUNGERFORD-WELCH, Peter; *Criminal Procedure and Sentencing*. Ninth Edition. London: Routledge, 2019, p. 72.

<sup>1006</sup> HUNGERFORD-WELCH, Peter; *idem*, p. 73.

<sup>1007</sup> Cf. PFEIFFER, Gerd; *Strafprozessordnung Kommentar*, p. 269.

<sup>1008</sup> A propósito, Maria João Antunes observa que: “Da interpretação conjugada destes dois artigos do CPP resulta, por um lado, que o juiz pode, a todo o tempo, revogar ou substituir a decisão de aplicação da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, seja oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público ou do arguido; e, por outro, que juiz deve reexaminar, oficiosamente, no prazo máximo de três meses a contar da data da aplicação da medida ou do último reexame, os pressupostos da prisão

Depois da 2ª Guerra Mundial, somou-se ao instituto da prisão preventiva a necessidade de limitar sua duração<sup>1009</sup>. É consequência direta das garantias erigidas e pactuadas pelos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como o artigo 5º, n.º 3, da Convenção EDH<sup>1010</sup>. Para tanto, impõe-se uma audiência judicial, a duração razoável do processo ou a liberdade durante o processo.

Maria João Antunes coloca que da intersecção do princípio da precariedade com o princípio da proporcionalidade surge a exigência de um prazo máximo a ser fixado para durar a prisão preventiva<sup>1011</sup>.

Sendo assim, com base no art. 215º, n.º 1, do CPP português, a prisão preventiva deve ser extinta quando tiverem decorrido: (a) 4 meses sem denúncia; (b) 8 meses sem decisão instrutória; (c) 1 ano e 2 meses sem condenação na 1ª instância; (d) 1 ano e 2 meses sem o trânsito em julgado da condenação.

Porém, dentro de uma lógica de proporcionalidade, o art. 215º, n.º 2, do CPP, consigna que “os prazos referidos no número anterior são elevados, respectivamente, para seis meses, dez meses, um ano e seis meses e dois anos, em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com pena de prisão de máximo superior a 8 anos”.

E ainda, no caso de crimes contra a administração do sector público, de peculato, de corrupção, branqueamento de vantagens ilícitas, entre outros, incide a mesma regra que eleva esses prazos. Também, nos casos de excepcional complexidade, esses prazos serão regidos pelo art. 215º, n.º 3, para respectivamente “um ano, um ano e quatro meses, dois anos e seis meses e três anos e quatro meses”.

---

preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, decidindo se é de manter ou se deve antes ser substituída ou revogada. O mesmo é dizer, que o reexame previsto no art. 213º do CPP só tem lugar de três em três meses, sem prejuízo de a prisão preventiva ou a obrigação de permanência há habitação poder ser revogada ou substituída em momento anterior por outra medida de coação, por força do regime geral contido no art. 212º” (ob. cit., p. 141).

<sup>1009</sup> MAIER, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Parte General. Actos Procesales. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p. 389.

<sup>1010</sup> Artigo 6. 1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: 3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

<sup>1011</sup> *Ob. cit.*, p. 142.

No processo penal alemão, ordinariamente, a prisão preventiva não pode superar o prazo de seis meses (§121 StPO)<sup>1012</sup>, bem como pode ser revista a qualquer momento (§ 117 StPO)<sup>1013</sup>. É evidente, portanto, seu caráter precário e temporário.

No caso da Argentina, a Lei Nacional n.º 24.390 regulamentou o prazo da prisão preventiva, que em regra será de 2 anos, podendo ser prorrogado de ofício por mais 1 ano, considerando a quantidade de delitos atribuídos ao processado ou da evidente complexidade da causa<sup>1014</sup>.

No caso porteño, porém, qualquer recurso interposto contra a decisão que concede a liberdade tem a capacidade de impedir a soltura do arguido. Julio Maier critica com veemência essa previsão. Para ele, «*esta disposición es entre nosotros um clásico del conservadorismo político en materia procesal penal, precepto que contraría la regla general em las medidas de coerción y acerca del cumplimiento inmediato de las decisiones favorables al imputado*»<sup>1015</sup>.

Destarte, as medidas de coação podem ser modificadas ou substituídas, desde que se constate a inobservância de outras medidas, “um agravamento das exigências cautelares ou um desagravamento das mesmas”<sup>1016</sup>. Isso significa dizer que uma obrigação de permanência na habitação pode ser substituída por uma prisão preventiva quando o arguido descumprir as obrigações impostas, consoante prevê o art. 203º, n. 1, do CPP português.

---

<sup>1012</sup> Cf. MEYER-GOßNER, Lutz; *Strafprozessordnung*, p. 562.

<sup>1013</sup> Cf. PFEIFFER, Gerd; *Strafprozessordnung Kommentar*, p. 293.

<sup>1014</sup> Cf. HENAÍN, Daniel Domínguez; *Ley 24.390 Prisión Preventiva plazo máximo cómputo del Encarcelamiento Cautelar. Análisis Dogmático y Jurisprudencial*. Rosario: Editorial Juris, 1996.

<sup>1015</sup> *Idem*, p. 385.

<sup>1016</sup> *Idem*, p. 598. Sobre as reformas processuais que se sucederam depois do Código de 1987, preleciona Paulo Pinto de Albuquerque: “Nos termos da reforma de 2007, a violação da obrigação de permanência na habitação podia justificar a aplicação de prisão preventiva, mesmo que ao crime coubesse pena de prisão de máximo igual ou inferior a cinco anos e superior a três anos. A reforma de 2010 alargou esta regra à violação de qualquer medida de coação, permitindo a aplicação da prisão preventiva em virtude das obrigações decorrentes de qualquer medida de coação. A aplicação da prisão preventiva não é automática: o juiz tem de verificar, além da violação da anterior medida de coação, a existência dos pressupostos do art. 204º e a necessidade de uma medida de coação: o cometimento de crime doloso da mesma natureza, punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos, após a aplicação de medida de coação (artigo 203.º, n.º, al.ª b); sobre o conceito de ‘mesma natureza’, ver a anotação do art. 281.º). Assim, verificando-se fortes indícios da prática posterior de um novo crime da ‘mesma natureza’, o juiz pode agravar a medida de coação anteriormente aplicada, aplicando a prisão preventiva. Em bom rigor, este fundamento é indispensável, porque o cometimento de um novo crime doloso da mesma natureza só pode constituir motivo de alteração da medida de coação precisamente porque representa uma violação dessa medida de coação, isto é, porque a al.ª b) está incluída no âmbito da al.ª a) do n.º 2 do artigo 203.º” (*idem*, p. 598).



O art. 211º, do CPP português autoriza a suspensão da prisão preventiva, caso o arguido padeça de doença grave, na gravidez ou no puerpério, circunstância essa que endossa a instabilidade da medida. Porém, de maneira mais incisiva, a mostrar a precariedade da prisão preventiva, tem-se o art. 212º, n.º 1, *b*), que autoriza, por despacho do juiz a revogação imediata da medida de coação quando “terem deixado de subsistir as circunstâncias que justificaram sua aplicação”.

Então, cabe ao juiz, oficiosamente, rever os requisitos da prisão preventiva, decidindo por sua manutenção, substituição, revogação ou extensão do prazo<sup>1017</sup>. Além disso, por conta do que dispõe o art. 213.º, n.º 1, *b*), do CPP português, quando proferido o despacho de acusação ou pronúncia, ele deve reexaminar os pressupostos da custódia cautelar.

Em Portugal, “o reexame tem lugar de três em três meses, contados desde a data da aplicação da prisão preventiva ou do último reexame”<sup>1018</sup>, portanto.

Na França, conforme nota de Jean Pradel, depois da Lei de 30 de dezembro de 1996, a prisão preventiva passa a ser revista a cada 6 (seis) meses<sup>1019</sup>. Decerto, essa obrigação de reavaliar a pertinência ou impertinência da prisão preventiva mostra sua natureza absolutamente transitória, portanto permeada pelo princípio da precariedade.

Para Maria João Antunes, o princípio da precariedade, traduzido, basicamente, na possibilidade da revogação ou substituição a qualquer tempo da medida de coação, nada mais é do que “uma implicação dos princípios da necessidade e da adequação”<sup>1020</sup>.

De acordo com o art. 212.º do CPP português, há-de se dá oportunidade ao arguido, ao Ministério Público ou mesmo à vítima, para se manifestarem antes de se reexaminar a prisão preventiva. Portanto, em harmonia também com o princípio do contraditório.

Demais, convém assinalar que o juiz não é obrigado a aguardar os três meses para reexaminar a questão, caso verifique a ausência superveniente dos pressupostos, pode,

---

<sup>1017</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; 2011, p. 611.

<sup>1018</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo; *idem*, p. 612.

<sup>1019</sup> Notas sobre as recentes reformas do processo penal em França. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* n. 8. Ano 8. Janeiro-Março 1998. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 48-50.

<sup>1020</sup> *Idem*, p. 140.

antes mesmo desse período, decidir pela revogação ou substituição medida (TC, Acórdão. n.º 3/96)<sup>1021</sup>.

De modo geral, percebe-se que o capítulo III, do CPP português, está consubstanciado pelo princípio da precaridade das medidas de coação, mais particularmente no que se refere à prisão preventiva, que ganha relevo, como bem subscreve Odete Maria de Oliveira, mormente por conta do “comunitariamente suportável” e do princípio da presunção de inocência<sup>1022</sup>.

---

<sup>1021</sup> ANTUNES, Maria João; *idem*, p. 141.

<sup>1022</sup> *Ob. cit.*, p. 188.

*“Il rappresentare la società un’aspetto fittizio, siccome una personalità sovrastante agli individui, con attributi empirici, con diritti e poteri dissimili da quelli dell’individuo fu sogno di tempi barbari e tiranni”  
(Luigi Lucchini)*

### CAPÍTULO III – O ESTATUTO JURÍDICO DO PRESO PREVENTIVO EM PORTUGAL

No conceito proposto por Henrique Eiras e Guilhermina Fortes, o estatuto do arguido, corresponde ao “conjunto de direitos de que é titular e de deveres a que está obrigado”<sup>1023</sup>.

Daí, neste primeiro momento, podemos considerar o estatuto do preso preventivamente<sup>1024</sup>, como um conjunto de direitos e deveres de quem está sob a imposição de uma medida de coação concernente à prisão preventiva<sup>1025</sup>. Mais ou menos nesse sentido, o Tribunal de Relação de Coimbra consignou que “o estatuto de arguido

---

<sup>1023</sup> De acordo com Henrique Eiras e Guilhermina Fortes, “entre os direitos encontram-se o de comparência (direito de estar presente a actos processuais que lhe digam respeito); de audiência (direito de ser ouvido pelo tribunal quando deva ser tomada qualquer decisão que possa afectá-lo); a defensor (direito de ter, de escolher e de ser defendido por defensor); de intervir no inquérito, na instrução e no julgamento, oferecendo provas e requerendo diligências; à informação acerca dos direitos que lhe assistem; a recorrer das decisões que lhe sejam desfavoráveis e o chamado direito ao silêncio que é a possibilidade que tem de não responder a perguntas feitas sobre factos que lhe sejam imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar. Quanto aos deveres, o arguido tem o dever de comparência no lugar e tempo para que foi notificado, de responder com verdade a perguntas feitas sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, aos seus antecedentes criminais, de prestar termo de identidade e residência e de sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coação e de garantia patrimonial (artigos 32.º da CRP e 61.º do CPP)” (*Dicionário de Direito Penal e Processo Penal*. 3ª edição. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 330).

<sup>1024</sup> Cf. MENDES, Paulo de Sousa; *Os direitos e deveres do arguido*, p. 819 e ss.

<sup>1025</sup> Cf. EISEMBERG, Ulrich; *Schutzpflichten bei Untersuchungshaft statt Einstweiliger Unterbringung. Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Stephan Barton, Thomas Fischer, Matthias Jahn und Tido Park. München: C. H. Beck, 2018, p. 213-223.

compreende um conjunto de regras, de direitos e deveres, que o irão acompanhar durante todo o processo. Esses direitos são, *brevitatis causa*, os direitos de presença, de audiência, ao silêncio, a defensor, de intervenção e a informação”<sup>1026</sup>.

É verdade que Portugal possui um Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade. Trata-se da Lei n.º 115 de 2009. Como no Brasil, que possui a Lei n.º 7.210 de 1984, insere-se no mesmo diploma normativo regras que dizem respeito à condenados e aos presos preventivamente. O art. 2º, n.º, da Lei n.º 115 reza o seguinte: a execução da prisão preventiva deve levar em conta a satisfação das exigências cautelares que justificaram a sua aplicação. Por isso mesmo, somente serão válidas as restrições compatíveis com as razões que motivaram a medida de coação<sup>1027</sup>.

Eduardo Correia, por exemplo, sustentara um regime diferenciado de execução, porque a prisão preventiva não constitui pena, sem embargo de que as restrições devem guardar correlação com os objetivos exigidos pela medida de coação<sup>1028</sup>. Entre os direitos, podemos destacar, com especial relevo, o direito de defesa, que supõe ter acesso aos indícios que subsistem contra o arguido<sup>1029</sup>. Luigi Ferrajoli, hodiernamente, também sustenta a necessidade de um regime jurídico diverso da execução penal<sup>1030</sup>, portanto, único à execução da prisão preventiva.

Decerto, seria mais conveniente a existência de um estatuto jurídico para os presos preventivamente, malgrado no Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade subsistam diversas regras importantes e a eles aplicáveis. Contudo, o Código usa o termo “recluso preventivo” (art. 75, n.º 5). Ou seja, não deixa de o equiparar, sob certo ângulo, aos condenados. Por isso mesmo, propomos uma *lei* específica e única relacionada à execução das medidas de coação, como aquela que dispõe sobre o regime de permanência na habitação (Lei n.º 33/2010).

Embora catalogada como meio processual, não abandona sua essência, qual seja, de privação da liberdade pessoal. Segundo Teresa Pizarro, isso significa “a submissão à

---

<sup>1026</sup> Ac. TRC de 9-09-2015.

<sup>1027</sup> SCHULTHEIS, Ullrich; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, p. 722.

<sup>1028</sup> *La Detention avant jugement*, p. 107.

<sup>1029</sup> BELEZA, Teresa Pizarro; Prisão preventiva e direitos do arguido. *Que Futuro para o Direito Processual Português? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 673.

<sup>1030</sup> Cf. *Diritto e raggione. Teoria del garantismo penale*. Nona edizione. Bari: Editori Laterza, 2009.

violência dos outros (prisioneiros ou guardas), à violência institucional, aos riscos para a saúde, para integridade física e moral, para a dignidade e para a própria vida”<sup>1031</sup>.

No ano de 2015, por meio da Resolução n.º 70 /175, a Assembléia-Geral da ONU aprovou *The Nelson Mandela Rules*. É uma atualização das regras mínimas para os presos de 1955. Esse documento é aplicável aos presos preventivamente, consoante afirmação preliminar n.º 3 (*United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*).

No particular da União Europeia, com o propósito de harmonização do direito processual penal, convém destacar as directivas, especialmente a Directiva 2010/64/UE (interpretação e tradução dos processos), a Directiva 2012/13/UE (direito à informação nos processos penais), a Directiva 2013/48/UE (assistência de um advogado) e a Directiva 2016/343/UE (presunção de inocência e comparecimento ao julgamento) que desenham um quadro de *standards* processuais penais<sup>1032</sup> direcionados ao arguido, caso sujeito à prisão preventiva.

Nada obstante, ainda persiste, na prática, a ideia de tratar o preso preventivamente como um condenado (art. 75, Lei n.º 115/2009). Contudo, ele<sup>1033</sup> não é prisioneiro. Trata-se de um sujeito processual submetido a uma medida de coação de natureza cautelar<sup>1034</sup>, uma vez que sua inocência é presumida, por imperativo constitucional (art. 32º, n.º 2, CRP). Daí porque, toda e qualquer limitação relacionada aos seus direitos, principalmente quando da execução da prisão preventiva, deve ser imposta à vista de uma concreta necessidade cautelar<sup>1035</sup>.

---

<sup>1031</sup> *Ob. cit.*, p. 673.

<sup>1032</sup> Cf. AMBOS, Kai; *European Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 411; FERRPE OLIVÉ, Juan Carlos; *La armonización procesal penal em la Unión Europea: Derechos de los detenidos y mayor eficacia jurisdiccional. Cuestiones actuales de Derecho Penal*. Coordinación José Sáez Capel. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2015, p. 179-198; cf. SIEBER, Ulrich; *Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 85; cf. KLIP, André; *European Criminal Law. An Integrative Approach*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2012, p. 225; cf. UBERTIS, Giulio; *Procedura Penale Europea. Le regole del giusto processo*. Seconda edizione. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2009.

<sup>1033</sup> Cf. ANTUNES, Maria João; *O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação*, p. 1237 e ss.

<sup>1034</sup> Cf. MOUTINHO, José Lobo; *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000; cf. RODRIGUES, Anabela Miranda; *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade. Seu fundamento e âmbito*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1982.

<sup>1035</sup> Segundo Schlothauer, “Für das Vorliegen einer solchen realen Gefahr müssen bestimmte tatsächliche Anhaltspunkte bestehen. Die bloß abstrakte, theoretisch nie auszuschließende Möglichkeit, dass ein Untersuchungsgefangener seine Freiheit missbraucht, reicht dafür grundsätzlich nicht aus. Mit der

É verdade que houve um avanço significativo em relação à posição jurídica do recluso<sup>1036</sup>, contudo parece-nos oportuno instituir uma *lei* própria aplicável aos presos preventivamente<sup>1037</sup>. Entre outras questões, para evitar o uso de termos como “recluso preventivo”.

Para Anabela Rodrigues “ficou para trás o tempo em que o condenado à pena de prisão era despojado de todos os direitos, transformando-se em objecto de uma relação especial de poder criada e mantida num espaço de não-direito”<sup>1038</sup>. Se no caso do recluso, que dentro das novas relações de poder entre o Estado e o indivíduo, deixou de ser objecto para se tonar um sujeito de execução<sup>1039</sup>, por isso mesmo a necessidade de um Estatuto, quanto mais o preso preventivamente que ostenta a condição de inocente presumido.

Tais garantias decorrem do desenvolvimento dos direitos fundamentais<sup>1040</sup>. Essencialmente, o que se diferencia em relação ao recluso diz respeito à condenação sujeito, pois o preventivo está sob o influxo da presunção de inocência, daí porque a maior pertinência na construção de um estatuto jurídico específico.

Registe-se que depois das Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos de 1955 da ONU, reconhecida pelo Comité dos Ministros do Conselho da Europa em 1973, nasceu “uma linguagem nova sobre o estatuto jurídico do recluso”<sup>1041</sup>. Com as Regras de Tóquio de 1990 (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não

---

Neufassung des §119 will der Gesetzgeber sicherstellen, dass in jedem Einzelfall jede Beschränkung auf ihre konkrete Erforderlichkeit geprüft und entsprechend begründet wird. Im Gegensatz zur früheren Praxis nach der UvollzO ist durch die Neuregelungen damit das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Beschränkungen „vom Kopf auf die Füße” gestellt worden: Die Rechte des Beschuldigten bilden bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Untersuchungshaft die Maßstabgebende Regel, jede über die Inhaftierung hinausgehende Beschränkung der Freiheitsrechte stellt eine begründungsbedürftige Ausnahme dar und muss in Umsetzung der Unschuldsvermutung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einzeln auf ihre konkrete Erforderlichkeit geprüft und ausdrücklich angeordnet werden” (*Untersuchungshaft mit Erläuterungen zu den UvollzG der Länder*, p. 492-493).

<sup>1036</sup> Também sobre os direitos do recluso, consultar: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto; *Direito Prisional Português e Europeu*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 243.

<sup>1037</sup> Sobre os direitos estatutários do arguido, cf. SANTANA, Cecília; *Dos direitos do arguido no Processo Penal. III Congresso de Processo Penal*. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina, 2007, p. 79.

<sup>1038</sup> *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 65.

<sup>1039</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda; *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, p. 69.

<sup>1040</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda; *idem*, p. 70. Nesta senda, merece destaque a decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 14 de março de 1972, mencionado por Anabela Miranda Rodrigues, como um divisor de águas em relação a posição jurídica do recluso na Alemanha, pois decidiu que os direitos fundamentais dos reclusos só podem ser limitados quando indispensáveis à manutenção da ordem ou segurança do estabelecimento criminal (*idem*, p. 69).

<sup>1041</sup> *Idem*, p. 72.

Privativas de Liberdade), surgiu, por sua vez, a necessidade de um conjunto normativo consuetâneo à condição de um arguido não condenado, porém preso preventivamente.

Embora não possa, em nenhuma circunstância, ser considerada pena, a medida de coação concernente à prisão preventiva mitiga o direito à liberdade, razão porque o arguido é destinatário de direitos básicos inerentes à condição de inocente presumido.

A prisão preventiva consiste na medida de privação da liberdade mais grave imposta contra um processado, com diversas consequências para a sua vida pessoal, quer no campo familiar, quer nas relações de trabalho e no seu próprio contato com o mundo exterior. Entretanto, por conta da presunção de inocência, ele deve ser submetido a um regime diferenciado de execução da medida, por isso mesmo sob condições menos difíceis que uma pessoa condenada<sup>1042</sup>.

Sem embargo da presunção de inocência, um estatuto com a previsão de direitos, como a assistência médica, jurídica e social, também decorrem do Estado social<sup>1043</sup>, na razão porque direciona seu auxílio aos grupos, no qual se situam os presos preventivamente, que podem carecer de condições, por isso mesmo, um proteção jurídica específica.

Por essa razão, o preso preventivamente não poderia estar sujeito ao mesmo estatuto destinado ao apenado. No Brasil, por exemplo, ele se sujeita as mesmas regras do condenado (art. 2º, parágrafo único, Lei n.º 7.210 de 1984). Em Portugal, como dito, há um Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, que se aplica tanto ao condenado, quanto ao arguido preso preventivamente (Lei n.º 115 de 2009), sem quase nenhuma diferenciação de regime.

Na verdade, o problema não é a unicidade do diploma legal, mas a inexistência de regras suficientes aplicáveis tão-só ao preso preventivamente. Fora o art. 123º, não há normas pontuais que cuidem da pessoa sujeita à prisão preventiva<sup>1044</sup>.

---

<sup>1042</sup> PIQUEREZ, Gérard; *Traité de procédure pénale suisse*, p. 552.

<sup>1043</sup> Nesse sentido, aponta Anabela Miranda Rodrigues em relação aos direitos dos reclusos, *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*, p. 84. No ponto concernente aos direitos individuais e sociais, considera que “do ponto de vista do recluso, a posição jurídica é, por um lado, meramente «negativa» - analisa-se em direitos de liberdade ou de defesa – e, por outro lado, «positiva», integrada por direitos subjectivos mediados por lei” (*idem*, p. 87).

<sup>1044</sup> Artigo 123.º Prisão preventiva. 1 - A prisão preventiva, em conformidade com o princípio da presunção de inocência, é executada de forma a excluir qualquer restrição da liberdade não estritamente indispensável à realização da finalidade cautelar que determinou a sua aplicação e à manutenção da ordem,

Na Alemanha, a pessoa sujeita à prisão preventiva, consoante dispõe o § 119 do StPO, não pode ser algemada, caso não se oponha à prisão; deve ser posta em lugar separado dos condenados, bem como de outros detidos provisoriamente. O § 119, VI, do StPO vai além, autoriza ao preso preventivamente a possibilidade de solicitar, diante de casos excepcionais, regras pontuais relacionadas à administração da prisão<sup>1045</sup>. Para além disso, em função da reforma de 2006, os estados possuem leis específicas<sup>1046</sup> sobre a execução da prisão preventiva, embargo das diretrizes traçadas na GG, bem como no StPO.

Na Suíça, o Tribunal Federal reconheceu (ATF 118 Ia 64, 99 Ia 262, 102 Ia 279), que as restrições impostas contra os presos provisórios devem ser estritamente necessárias aos objetivos da medida coercitiva e consoante o funcionamento normal do estabelecimento de detenção, bem como a execução da prisão preventiva deve seguir exigências mínimas<sup>1047</sup>.

Segundo Gérard Piquerez, restrições à liberdade com caráter penal são inadmissíveis dentro de um regime de prisão preventiva<sup>1048</sup>. Por isso, convém melhor delimitar os direitos e deveres do preso preventivamente.

Nada obstante o art. 123º, n.º 1, da Lei n.º 115 de 2009 determine que a execução da prisão preventiva deva considerar as restrições compatíveis com as finalidades cautelares a que justificaram, a existência de mais regras especiais emprestaria mais legitimidade jurídico-constitucional à prisão preventiva.

É importante, então, diferenciar claramente o modo de execução da prisão preventiva da execução da pena de quem recebeu uma condenação. Isso porque, neste

---

segurança e disciplina no estabelecimento prisional. 2 - A prisão preventiva executa-se de acordo com o disposto na decisão judicial que determinou a sua aplicação. 3 - O recluso preventivo pode, querendo, frequentar cursos de ensino e formação profissional, trabalhar e participar nas outras actividades organizadas pelo estabelecimento prisional. 4 - O recluso preventivo tem o dever de proceder à limpeza, arrumação e manutenção do seu alojamento e de participar nas actividades de limpeza, arrumação e manutenção dos equipamentos e instalações do estabelecimento prisional. 5 - O recluso preventivo pode receber visitas, sempre que possível todos os dias. 6 - Na medida do possível e desde que razões de saúde, higiene e segurança não o desaconselhem, o recluso preventivo pode receber alimentos do exterior, nos termos do Regulamento Geral. 7 - O recluso preventivo colocado em regime de segurança está sujeito às limitações decorrentes deste regime impostas pelo presente Código.

<sup>1045</sup> ROXIN, Claus; *idem*, p. 268.

<sup>1046</sup> Cf. SCHLOTHAUER, Reinhold; WEIDER, Hans-Joachim; NOBIS, Frank; *Untersuchungshaft mit Erläuterungen zu den UvollzG der Länder*, p. 498; SCHULTHEIS, Ullrich; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, p. 719.

<sup>1047</sup> *Apud* Gérard Piquerez, *idem*, p. 555.

<sup>1048</sup> *Idem, ibidem*.



ponto precisamente, verificar-se-á a possibilidade de harmonia entre o princípio da presunção de inocência e a necessidade de garantir as finalidades do processo.

Paolo Tonini observa isso com base na sentença de 21 de julho de 2010 da Corte Constitucional da Itália. Em verdade, subsiste uma aparente contradição entre sobreditos escopos processuais, somente se a prisão preventiva for decididamente diferente da pena<sup>1049</sup>. Como dito, a medida cautelar não deve ser uma antecipação da sanção penal, que só pode ser imposta quando sobrevir uma condenação rígida<sup>1050</sup>.

Por tudo isso, propõe-se os seguintes direitos como mínimos, na maior parte, refletem direitos previstos na própria CRP, bem como na Convenção EDH, como condição *sine qua non* de harmonia com os princípios da presunção de inocência e da dignidade essencial do pessoa e do processo equitativo.

## 1. O direito à audiência

Nas *Ordenações*<sup>1051</sup>, havia o seguinte princípio: «*o individuo surprehendido em flagrante delicto póde ser preso por qualquer auctoridade ou popular, devendo immediatamente ser conduzida ao juizo competente*». Segundo Francisco Fernandes, essa regra estava presente em diversas leis portuguesas, como o Decreto de 31 de dezembro de 1864. Por certo, como decorrência do direito inglês, registou Fernandes<sup>1052</sup>. Então, o direito à audiência, traduzido no direito de ser conduzido à presença de um Juiz para ser ouvido vem desde as ordenações portuguesas.

Em termos gerais, busca-se preservar o suspeito contra abusos ou violações que possam ser cometidos pelo Estado. Segundo Ben Emmerson, esse controle, por meio de uma audiência com um Juiz, promove uma efetiva salvaguarda contra os riscos de

---

<sup>1049</sup> “(...) Affinché le restrizioni dela libertà personale dell’imputado nel corso del procedimento siano compatibili con la presunzione d’innocenza, à necessário che esse siano nettamente differenziate rispetto ala pena (...)” (TONINI, Paolo; *idem*, p. 414).

<sup>1050</sup> Cf. TONINI, Paolo; *idem*, p. 414-415.

<sup>1051</sup> Cf. SOARES, Antônio Lemos; Notas sobre os fundamentos históricos do processo penal português. *Que futuro para o direito processual penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coord. Mário Ferreira Monte. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 291-320.

<sup>1052</sup> Cf. FERNANDES, Francisco; *idem*, p. 13.

tratamentos degradantes, recorrentes no início da prisão, e contra os abusos do poder outorgado pela *lei* aos agentes da segurança pública<sup>1053</sup>.

De acordo com o art. 28º, n.º 1, da CRP, o sujeito detido deve ser conduzido no prazo de quarenta e oito horas à presença do magistrado, a fim de que decida sobre sua liberdade ou medida de coação adequada. Neste ponto reside a garantia jurídico-constitucional do arguido preso ser ouvido perante o um Juiz ou Tribunal.

Essa regra segue o art. 5º, n.º 3, da Convenção EDH, quando declara que todo detido ou preso deve ser conduzido sem dilações indevidas à presença de um juiz ou outra autoridade judiciária para ser julgado num prazo razoável ou colocado em liberdade durante o processo penal.

O art. 9º, do Pacto IDCP prevê que o sujeito à prisão deve ser, o mais breve possível, conduzido a uma autoridade judiciária para que decida à respeito da sua manutenção<sup>1054</sup>. Tem-se, outrossim, mais uma previsão, agora no direito internacional, de garantir ao arguido o direito de ser ouvido.

Em sintonia, o Princípio n.º 11, da Resolução 43/173, da ONU (Conjunto de Princípios para a Proteção de Pessoas submetidas a qualquer forma de Detenção ou Prisão), propõe que ninguém será mantido em detenção sem a possibilidade de ser ouvido sem demora por um juiz ou outra autoridade com semelhantes poderes.

Nota-se que as normas internacionais não prescrevem um prazo certo para que se realize essa audiência, de modo que cabe a cada Estado regulá-la. No caso da Espanha, por exemplo, o art. 17, da CE, estabelece um prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas para que o detido ou preso seja conduzido à presença do juiz.

---

<sup>1053</sup> *Human Rights and Criminal Justice*, p. 356. Segundo Emmerson, “article 5 (3) has two limbs which confer rights that are distinct from one another and are not on their face logically or temporally linked. The first concerns the initial period following arrest when an individual is taken into the power of the authorities and requires that, following arrest, unless released promptly, the detained person be brought promptly before a judge or other judicial officer. The Court’s case law establishes that there must be protection of an individual arrested control. Such control serves to provide effective safeguards against the risk of ill-treatment, which is at its greatest in this early stage of detention, and against the abuse of powers bestowed on law enforcement officers or other authorities for what should be narrowly restricted purposes and exercisable strictly in accordance with prescribed procedures” (*idem, ibidem*).

<sup>1054</sup> Art. 9. (...) Toda a pessoa detida ou presa devido a uma infracção penal será presente, no mais breve prazo, a um juiz ou outro funcionário autorizado por lei para exercer funções judiciais, e terá direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade. A prisão preventiva não deve constituir regra geral, contudo, a liberdade deve estar condicionada por garantias que assegurem a comparência do acusado no acto de juízo ou em qualquer outro momento das diligências processuais, ou para a execução da sentença (...).

O Tribunal EDH, no caso *De Jong, Baljet e Van den Brink* de 1984, não constatou violação ao art. 5º, n.º 3, da Convenção EDH, por conta do prazo de seis dias de prisão, bem como não enxergou violação dessa natureza no caso *Mc Goff* de 1984, cuja prisão durou 15 dias<sup>1055</sup>. Em verdade, não há uma diretriz precisa para esse prazo, porquanto a expressão usada pela convenção permite diversas interpretações, por isso mesmo correta a redação dada pelo art. 28º, n.º 1, da CRP, quando positivou o prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Como consequência do direito à audiência está a obrigação imposta ao juiz de ouvir o arguido antes de decretar qualquer medida de coação, salvo em situações excepcionais<sup>1056</sup> devidamente motivadas. É o que afirma o art. 194º, n.º 2, do CPP português, segundo o qual “a aplicação referida no n.1 é precedida de audição do arguido, ressalvados os casos de impossibilidade devidamente fundamentada, e pode ter lugar no acto de primeiro interrogatório judicial, aplicando sempre à audição o disposto no n.º 4 do artigo 141º”.

É necessário destacar que o arguido quando adquire essa condição, passa a ser um sujeito processual<sup>1057</sup>, razão pela qual possui direitos e deveres processuais na extensão do que prevê o art. 61º, do CPP. Por outro lado, convém não confundir arguido com suspeito<sup>1058</sup>, muito embora contra ambos possa pairar indício ou indícios de autoria criminosa. A distinção, basicamente, diz respeito à formalização e extensão dos direitos e

---

<sup>1055</sup> Cf. BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 1034.

<sup>1056</sup> Sobre as situações excepcionais, comenta Paulo Pinto de Albuquerque: “Os casos de impossibilidade de audição prévia do arguido são os seguintes: paradeiro desconhecido; anomalia psíquica, doença grave, gravidez ou puerpério. Nestes casos, o juiz pode aplicar medida de coação sem ouvir o arguido previamente. Pode ser possível ouvir o arguido antes da determinação da medida de coação e não ser conveniente. Neste caso, a autoridade judiciária pode ordenar a detenção fora do flagrante delito do arguido caso se verifique perigo de fuga, continuação criminosa, perturbação do inquérito ou da ordem pública (artigo 257.º)” (idem, p. 576).

<sup>1057</sup> Art. 60º - Posição processual. Desde o momento em que uma pessoa adquirir a qualidade de arguido é-lhe assegurado o exercício de direitos e de deveres processuais, sem prejuízo da aplicação de medidas de coação e de garantia patrimonial e da efectivação de diligências probatórias, nos termos especificados na lei (CPP português).

<sup>1058</sup> Segundo Paulo Pinto de Albuquerque: “a qualidade formal de arguido distingue-se da de ‘suspeito’. A distinção reside nas distintas consequências jurídicas do estatuto processual de cada um deles, mas o *Tatbestand*, o *quid* fáctico das duas figuras é o mesmo. Na substância das coisas, o arguido, tal como o suspeito, é uma pessoa em relação à qual exista, pelo menos, um indício, isto é, uma razão para crer que ela cometeu ou vai cometer um crime ou participou ou vai participar na sua comissão. Num caso, como no outro existe uma suspeita que deve ser fundada, isto é, motivada, pelo menos, por uma razão. Ou seja, a distinção é estritamente estatutária e não material. Dito de outro modo, o suspeito é um arguido que não foi reconhecido formalmente como tal e, por conseguinte, o arguido é um suspeito que já foi formalmente reconhecido como tal” (idem, p. 179).

deveres processuais, pois o arguido é um suspeito processualmente reconhecido, por isso destinatário das regras do art. 61, do CPP.

Nessa direção, dispõe o art. 58º, n.º 2, do Código que: “a constituição do arguido opera-se através da comunicação, oral ou por escrito, feita ao visado por uma autoridade judiciária ou um órgão de polícia criminal, de que a partir desse momento aquele deve considerar-se arguido num processo penal e da indicação e, se necessário, explicação dos direitos e deveres processuais referidos no artigo 61º que por essa razão passa a caber-lhe”.

Aliás, por força do art. 57º, n.º 1, alínea *b*), do CPP português, qualquer medida de coacção imposta deve ser precedida da constituição de arguido, ou seja, daquele contra quem for deduzida uma acusação ou requerido em um processo penal<sup>1059</sup>.

O direito à audição, nesse sentido, está expresso no art. 61º, n.1º, alínea *b*), do CPP português, segundo o qual “o arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as excepções da lei, dos direitos de: (...) ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente o afecte”. Então, percebe-se que o direito à audição decorre, primeiro, da condição de arguido em um processo penal, portanto, como consequência da condição de sujeito processual, depois porque corresponde a um dever processual imposto ao magistrado, qual seja, ouvir quem possa sofrer a uma medida interventiva.

Um desses direitos consiste no direito a ser ouvido pelo juiz ou tribunal antes de qualquer decisão que desencadeie uma ingerência em seus direitos fundamentais, nos termos do art. 61, n. 1, alínea *b*), do CPP português. Em sintonia, portanto, com o art. 5º, n.º 3, da Convenção EDH, o arguido deve ser ouvido pelo magistrado para expor sua versão dos fatos.

Esse direito também está garantido no art.7º, n.º 1, da Lei n.º 115. Lá consta que o recluso, nisso incluso o preventivo, tem o direito de ser ouvido pelo Tribunal de Execução. Portanto, o direito à audiência consiste no primeiro e mais básico direito de goza o preso preventivamente, o de ser ouvido pelo Juiz, cuja função nesse particular é garantir sua liberdade, pois no Estado de direito democrático, ela constitui a regra, ao possa que sua restrição sempre será uma exceção, dado o princípio constitucional da presunção de inocência.

---

<sup>1059</sup> Art. 57º, n.º1, do CPP português.

## 2. O direito à informação

Era comum no processo inquisitório, caracterizado pela ausência de garantias processuais, colher-se informações e a própria confissão do suspeito, sem ele sequer saber qual o conteúdo da acusação<sup>1060</sup>.

Por outro lado, no processo penal moderno, impõe-se o respeito ao direito à informação. Ou seja, conhecer o pôrque e sobre o que está sendo acusado<sup>1061</sup>. Sem ele, não será possível o sujeito defender-se, de vez que não será capaz de sindicat os motivos da sua prisão. Em regra, deve ser informado de todas as razões referentes à prisão preventiva contra si decretada<sup>1062</sup>.

Segundo Gérard Piquerez, o direito à informação consiste numa garantia direcionada a toda pessoa privada de liberdade de conhecer as razões que motivaram sua prisão preventiva, devendo inclusive ser informado dos seus direitos<sup>1063</sup>.

Esses direitos devem, minimamente, corresponder aqueles indicados no art. 3º, da Diretiva (UE) 2012/13 (relativa ao direito à informação em processo penal). Basicamente, assegura-se ao arguido o acesso ao conteúdo da imputação e das provas contra si existentes<sup>1064</sup>.

Víctor Moreno Catena destaca que um dos elementos capitais do justo processo diz respeito ao direito de ser informado, a todo instante, do conteúdo da acusação, de modo

---

<sup>1060</sup> CATENA, Víctor Moreno; DOMINGUEZ, Valentín Cortéz; *Derecho Procesal Penal*. 8ª edición. Valencia: tirant lo blllancc, 2007, p. 45.

<sup>1061</sup> Cf. AMBOS, Kai; *European Criminal Law*, p. 94.

<sup>1062</sup> Nesse sentido Helena Cook, referindo-se ao direito de recorrer contra violações do direito a um processo justo e ao direito de defesa, que “none of these rigsts can be exercised effectively if the reasons for arrest or any charges brought are not communicated to the detainee” (*Preventive Detention – International Standards and the protection of the individual*, p. 13).

<sup>1063</sup> *Traité de procpedure pénale suisse*, p. 546.

<sup>1064</sup> Art. 3º. Direito a ser informado sobre os direitos 1. Os Estados-Membros asseguram que os suspeitos ou acusados de uma infração penal recebam prontamente informações sobre pelo menos os seguintes direitos processuais, tal como aplicáveis nos termos do direito nacional, a fim de permitir o seu exercício efetivo: a) O direito de assistência de um advogado; b) O direito a aconselhamento jurídico gratuito e as condições para a sua obtenção; c) O direito de ser informado da acusação, nos termos do artigo 6º; d) O direito à interpretação e tradução; e) O direito ao silêncio. 2. Os Estados-Membros asseguram que as informações prestadas por força do n.o 1 devem ser dispensadas oralmente ou por escrito, em linguagem simples e acessível, tendo em conta as necessidades específicas dos suspeitos ou acusados vulneráveis.

a evitar inquisições gerais, secretas e ilegítimas. O direito à informação constitui, nesse viés, um pressuposto básico para o exercício do direito à defesa<sup>1065</sup>.

No campo das medidas de coação como a prisão preventiva que subtrai o direito fundamental à liberdade, impõe-se garantir o direito à informação precisa sobre os motivos pelos quais o Estado, por meio de uma decisão jurisdicional, resolveu intervir nesse direito fundamental<sup>1066</sup>.

Então, provém do processo moderno que a pessoa sujeita à prisão, saiba o motivo dessa privação. Daí porque o art. 28º, n.º 1, da CRP, determina ao juiz conhecer das causas da prisão e comunicá-las ao preso. Portanto, o arguido tem o direito à informação concernente às razões da sua prisão preventiva.

Essa é uma condição essencial para impedir prisões abusivas<sup>1067</sup>, até porque, segundo o art. 9º, da Pacto IDCP, “ninguém poderá ser submetido a detenção ou prisão arbitrárias”. Por isso, declara o pacto internacional de direitos civis e políticos que “toda a pessoa detida será informada, no momento de sua detenção, das razões da mesma e notificada, no mais breve prazo, da acusação contra ela formulada”<sup>1068</sup>.

O Princípio n.º 10, da Resolução n.º 43/173 da ONU de 1988, prevê que toda pessoa detida ou presa deve ser comunicada das razões da prisão, com a indicação precisa da hora e lugar da prisão, bem como do horário da audiência judicial que se realizará (Princípio n.º 12), sem embargo de comunicar, com base no Princípio n.º 13, no começo da prisão ou pouco depois, quais direitos lhe assistem e a maneira de como deve exercê-los<sup>1069</sup>.

Por seu turno, o art. 5º, n.º 2, da Convenção EDH, declara que “qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela”. É claro, portanto, o direito à informação destinado aquele que venha a suportar uma ingerência em seu direito à liberdade.

---

<sup>1065</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>1066</sup> *Idem*, p. 45.

<sup>1067</sup> Protegido também pelo art. 5º, da Convenção EDH, cf. AMBOS, Kai; *European Criminal Law*, p. 104.

<sup>1068</sup> Art. 9º, do PIDCP.

<sup>1069</sup> Cf. COOK, Helena; *Preventive Detention – International standards and the protection of the individual*, p. 12-13.

De acordo com Quiroga, o art. 5º, n.º 2, da Convenção EDH exige que toda a pessoa detida se informe sobre os motivos da sua prisão, bem como sobre qualquer acusação contra ela formulada<sup>1070</sup>. Em síntese, não será admitido prisões desmotivadas ou inexplicáveis<sup>1071</sup>. Essa regra endossa a necessidade de observar os pressupostos previstos no art. 5º, n.º 1º, da Convenção EDH<sup>1072</sup>.

No Acórdão n.º 607/2003, o TC indicou a necessidade de garantir essa informação ao arguido, como condição ao próprio exercício do direito de defesa. Para a Corte, “a nossa Lei Fundamental obriga não só a uma informação imediata, e de forma compreensível, à pessoa sobre as razões que determinam a sua detenção como à sua apresentação dentro do curto prazo referido e a uma nova comunicação pelo juiz dessas razões”.

Sem embargo, o direito à informação se mostra importante porque concorre ao controle dos atos abusivos do Estado. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli, mesmo considerando a ilegitimidade da prisão preventiva pois contrária aos princípios de um sistema garantista, está certo quando afirma «*il abuso crescente nella mostra esperienza giudiziaria*»<sup>1073</sup>. Portanto, sobretudo direito é indispensável para o respectivo controle de legalidade.

Questão que se coloca dentro do direito à informação ou de acesso à informação reside no momento e conteúdo das provas obtidas no curso da investigação sob sigilo que envolva o arguido e outros investigados.

O arguido tem o direito, desde de que não coloque em risco o sucesso de outras investigações. No Acórdão n.º 121, o Tribunal Constitucional decidiu que uma objeção abstrata ao acesso não é compatível com as garantias de defesa<sup>1074</sup>.

Ocorre que há uma complexidade inerente à separação das provas que dizem respeito ao arguido e à investigação sob sigilo. Muitas provas, como interceptações de dados telemóveis ou relatórios de movimentação bancária, acabam por revelar elementos de diferentes investigações e dados sigilosos de terceiros, razão pela qual esse acesso deve ser realizado *cum grano salis*.

---

<sup>1070</sup> *Tratado de Derecho Procesal Penal, ob. cit.*, p. 1033.

<sup>1071</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>1072</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>1073</sup> *Diritto e ragione*, p. 803.

<sup>1074</sup> Cf. ANTUNES, Maria João; *O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção*, p. 1237-1268.

### 3. O direito à assistência

#### (a) jurídica

Como visto, o art. 6º, da Convenção EDH consagra um conjunto de direitos que estruturam o denominado processo equitativo<sup>1075</sup>. Entre os quais, o direito à assistência, promovida por um Advogado indicado pelo arguido ou pelo Estado, de modo que lhes garantam uma assistência jurídica efetiva em seu favor<sup>1076</sup>.

Os Princípios 17 e 18, da Resolução n.º 43/173 da ONU, cuidam desse direito, garantindo-se o seguinte: a) o direito a comunicar-se e consultar-se com um Advogado, independentemente da sua condição econômica; b) o tempo e meios necessários para uma consulta com o Advogado; c) o direito a comunicar-se sem demora e reservadamente com seu Advogado, salvo situações absolutamente excepcionais para a garantia da segurança; d) as comunicações não poderão servir de provas em seu desfavor.

O direito à assistência significa, portanto, o direito a um defensor, por meio do qual será prestada toda orientação jurídica e acesso à justiça. Aliás, registre-se que a posição do defensor como sujeito não se esgota somente na defesa, ele concorre também à administração da justiça. Se ele, à luz do processo penal português, co-determina, “dentro de certos limites e circunstâncias”<sup>1077</sup>, uma decisão final do processo, concorrerá também às decisões que tocam às medidas de coação.

O art. 32º, n. 3º, da CRP, garante esse direito no curso de todo o processo. Essa regra constitucional inclui, inclusive, o direito de escolher seu defensor de confiança. Ela também abrange a hipótese do defensor oficioso (público), independente da vontade arguido<sup>1078</sup>. No mais, o art. 28º, n. 2º, da CRP deixa expresso que o indivíduo sujeito à

---

<sup>1075</sup> Cf. DA SILVA, Germano Marques; *Direito Processual Penal Português. Noções Gerais. Sujeitos Processuais e Objecto*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 47-50.

<sup>1076</sup> Art. 6º. n. 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (...) c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

<sup>1077</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, p. 11.

<sup>1078</sup> Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, “a assistência do defensor é, segundo a Constituição, um direito do arguido em todos os actos do processo (i. é, em todos os actos em que o arguido intervenha ou possa intervir), sendo obrigatória, independentemente da vontade dele, em certos casos que a lei há-de especificar (e que não podem deixar de abranger o interrogatório ou as declarações que o arguido haja de



prisão preventiva tem direito a conhecer dos motivos da prisão, bem como que lhe seja dado oportunidade de exercer sua defesa<sup>1079</sup>.

Frise-se que o Princípio n.º 11, da Resolução n.º 43/173 da ON, orienta que nada obstante o preso possa pessoalmente se defender, tem-se o direito, segundo as leis do país, de ser assistido por um advogado<sup>1080</sup>. É desdobramento do direito a defensor, o direito de escolher ou solicitar um ao Tribunal, que essa assistência seja gratuita quando o arguido não possua condições financeiras, sem embargo do direito de ser assistido em todos os atos do processo sem qualquer obstrução a este exercício, máxime uma conversa privada com seu defensor<sup>1081</sup>.

No plano do CPP, o art. 61º, n.º 1, alínea *f*), prevê o direito de “ser assistido por defensor em todos os actos processuais em que participar”. O art. 7º, n.º 1, n), da Lei n. 115 de 2009 garante esse direito ao recluso, bem como ao recluso preventivo. Lá fala-se em informação, consulta e aconselhamento jurídico por parte de Advogado. O art. 61º cuida, precisamente, como se executa esse direito, nomeadamente o direito à visitas de

---

prestar). O direito à assistência consiste no direito ao apoio e à consulta do defensor em todos os actos processuais, o que implica o direito de comunicação com ele (cfr., porém, AcTC n.º 7/87, ponto 2.6.). Incumbe também à lei (depois da revisão de 1997) especificar os casos em que é obrigatória a assistência por advogado. Trata-se de uma concretização do direito ao advogado (vide anotação ao art. 20º) que implicará uma densificação legal dos casos e fases em que se torna indispensável a competência, a experiência e saber de um profissional do foro para tornar efectiva a defesa nos momentos processuais decisivos à garantia dos direitos materiais e processuais (interrogatório para decretação de medidas de coacção, audiência de julgamento, exercício do direito de recurso)” (idem, p. 520).

<sup>1079</sup> Artigo 28º (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 coacção adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa.

<sup>1080</sup> Princípio n.º 17 1. A pessoa detida pode se beneficiar da assistência de um advogado. A autoridade competente deve informá-la desse direito imediatamente após a sua captura e proporcionar-lhe meios adequados para o seu exercício. 2. A pessoa detida que não tenha advogado da sua escolha, tem o direito a que uma autoridade judiciária ou outra autoridade lhe designem um defensor oficioso, sempre que o interesse da justiça o exigir e a título gratuito no caso de insuficiência de meios para o remunerar. Princípio 18 1. A pessoa detida ou presa tem o direito de se comunicar com o seu advogado e a consultá-lo. 2. A pessoa detida ou presa deve dispor do tempo e das facilidades necessárias para consultar o seu advogado. 3. O direito da pessoa detida ou presa ser visitada por seu advogado, de o consultar e de se comunicar com ele, sem demora nem censura e em regime de absoluta confidencialidade, não pode ser objeto de suspensão ou restrição, salvo em circunstâncias excepcionais especificadas por lei ou por regulamentos adotados nos termos da lei, quando uma autoridade judiciária ou outra autoridade o considerem indispensável a manutenção da segurança e da boa ordem. 4. As entrevistas entre a pessoa detida ou presa e o seu advogado podem ocorrer à vista mas não em condições de serem ouvidas pelo funcionário encarregado de fazer cumprir a lei. 5. As comunicações entre uma pessoa detida ou presa e o seu advogado, mencionadas no presente princípio, não podem ser admitidas como prova contra a pessoa detida ou presa salvo se disserem respeito a uma infração contínua ou premeditada.

<sup>1081</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo; *idem*, p. 188-189.

advogados. Em regra, segue-se os horários instituídos pela unidade (art. 61º, n.º 1). Porém, ressalvados os casos urgentes.

O sigilo é assegurado. Aqui, reside uma questão, todavia. Até que ponto essa conversa reservada poderá ocorrer, sem o risco do defensor concorrer com a continuidade criminosa do arguido ou ingerência na produção das provas.

No Brasil, mostrou-se recorrente a participação de advogados nas organizações criminosas, mormente nos crimes de corrupção e branqueamento de capitais. Alguns agem como ponte entre o chefe preso preventivamente e os demais integrantes do grupo criminoso para a transmissão de ordens. Porém, como visto, garante-se o direito à confidência, entre o Advogado e seu cliente (art. 61º, da Lei n.º 115/2009). O Princípio n.º 18, n.º 4, da Resolução n.º 43/173 da ONU, até permite que essa conversa possa ser realizada à vista de autoridades, porém sem numa distância que preserve o segredo da conversa.

Portanto, garante-se o sigilo da conversa entre o Advogado e o arguido. O diálogo ou troca de informações mantêm-se fora de observação. Por exemplo, o art. 22 da BayUVollzG admite esse sigilo em Bayer na Alemanha, segundo o qual «*Mit ihren Verteidigern dürfen die Untersuchungsgefangenen ohne Beschränkung und Überwachung schriftlich und mündlich verkehren*». Não há limitação de visitas, como ocorre para os familiares (art. 15), seguindo-se as regras que a respectiva unidade (*Anstalt*) estabelecer.

#### *(b) médica e social*

Sem embargo, o direito à assistência não se restringe ao direito a um Advogado, mas abrange também ao apoio social e médico-hospitalar. A Diretiva n.º 2012/13/UE, por exemplo, trata da Carta de Direitos aquando da privação da liberdade e consigna o direito à assistência médica urgente (art. 4º, n.º 2, *c*). O art. 7º, da Lei n.º 115 de 2009 também prevê, como direito do recluso, “ter acesso ao Serviço Nacional de Saúde em condições idênticas às que são asseguradas a todos os cidadãos” (art. 7º, n.º 1, *i*)).

O art. 7º, n.º 3, da Lei n.º 115/2009, igualmente, indica a garantia da assistência social em favor do preso preventivamente. Esse apoio socio-econômico mostra-se revelante, sobretudo aos seus familiares (art. 54º). Basicamente, consiste “na atribuição de prestações pecuniárias ou em espécie” (art. 54º, n.º 3).

No caso da assistência médica, deve ser oferecida não só internamente, mas também em unidades especializadas fora da unidade prisional preventiva. Por óbvio, sob o controle da autoridade do estabelecimento, como se dá, por exemplo, em Bayer (art. 25, da BayUVollzG)<sup>1082</sup>.

Theodore Hammett, por exemplo, realizou um estudo por meio do qual identificou que nas prisões inglesas havia uma taxa de 25% de presos que possuíam HIV, outros 33% foram dentro delas infectados, somados a 40% casos de tuberculoses registrados<sup>1083</sup>. Evidente que o direito à assistência, dentre as quais a médica-hospitalar, possui uma importância social para a não propagação de doenças dentro da própria comunidade. Portanto, preservar a saúde do preso preventivo é também de interesse comunitário.

#### 4. O direito à comunicação

O contacto com o mundo exterior também é uma garantia reservada ao preso preventivo (art. 7º, e), da Lei n.º 115 de 2009). Obviamente, segundo as regras contidas no regulamento do estabelecimento prisional. Por exemplo, por meio de cartas e visitas.

Essa comunicação também dar-se-á pelo telefone, consoante os termos dos artigos 70 e 71, da Lei n.º 115. No caso do preso preventivo, há-de se mitigar o controlo de que trata o art. 71, n.º 1. Por conta da reserva de juiz, pensamos que somente ele poderia impor

---

<sup>1082</sup> Art. 25 Gesundheitsfürsorge (1) 1 Art. 58 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und 3, Art. 59 bis 61, 63, 66 und 68 BayStVollzG über die Gesundheitsfürsorge und Krankenbehandlung, den Aufenthalt im Freien und über die Pflichten zur Benachrichtigung bei Erkrankung oder im Todesfall gelten entsprechend. 2 Über Satz 1 in Verbindung mit Art. 66 BayStVollzG hinaus soll Untersuchungsgefangenen, die an keiner Beschäftigung oder Bildungsmaßnahme nach Art. 12 teilnehmen, täglich eine weitere Stunde Aufenthalt im Freien ermöglicht werden, soweit es die räumlichen, personellen und organisatorischen Verhältnisse der Anstalt gestatten. (2) 1 Nach Anhörung des Anstaltsarztes oder der Anstaltsärztin kann den Untersuchungsgefangenen auf ihren Antrag gestattet werden, auf eigene Kosten externen ärztlichen Rat einzuholen. 2 Die Konsultation erfolgt in der Regel in der Anstalt. 3 Die Erlaubnis kann versagt werden, wenn die betroffenen Untersuchungsgefangenen die gewählte ärztliche Vertrauensperson und den Anstaltsarzt oder die Anstaltsärztin nicht wechselseitig von der Schweigepflicht entbinden oder wenn es zur Aufrechterhaltung der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt erforderlich ist. (3) 1 Für Zwangsmaßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge gilt Art. 108 BayStVollzG entsprechend. 2 Zuvor ist dem Gericht, der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. 3 Hiervon kann bei Gefahr im Verzug abgesehen werden; in diesem Fall sind das Gericht, die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung unverzüglich zu unterrichten.

<sup>1083</sup> Apud Richard Vogler e Shahrzad Fouladvand, *ob. cit.*, p. 192.

restrições, razão pela qual não deveria ficar sob a discricionariedade do diretor da unidade prisional.

No StPO, comparativamente, garante-se o direito ao telefonema, porém sujeito à permissão e vigilância (§119, (1), 1) e 2)). Aliás, sempre à vista de preservar os objetivos da medida de coação. Lembra Meyer-Goßner, porém, que «*Telefongespräche mit Familienangehörigen, insbesondere im Ausland, können daher nicht für dauernd, sondern nur im Einzelfall bei besonders berechtigtem Interesse gestattet werden*»<sup>1084</sup>.

Além disso, caso no curso da comunicação sobrevenha um risco aos fins cautelares da prisão, pode-se interrompê-la<sup>1085</sup>. Implica dizer, se no curso da conversa o funcionário perceber algo que concorra para a reiteração criminosa, ele poderá suspender a comunicação.

## 5. O direito ao alojamento

Entre os direitos, garante-se ao preso preventivamente um alojamento. Tal, por regra, deve ser individual (art. 26, n.º 1, da Lei n.º 115). Por isso mesmo, não deve ser colocado junto aos condenados, nomeadamente por conta do princípio da especialização (art. 3º, n.º 3). Seria pertinente, *by the way*, uma regra legal expressa que proibisse o alojamento conjunto entre condenados e arguidos.

Segundo a Regra n.º 11, *b*), das Regras de Nelson Mandela<sup>1086</sup>, “presos preventivos devem ser mantidos separados dos condenados”. Além disso, deveria prevalecer, principalmente em relação ao preso preventivamente, o direito a um alojamento individual, na linha do que prevê a Regra n.º 12<sup>1087</sup>.

---

<sup>1084</sup> *Strafprozessordnung*, p. 550-551.

<sup>1085</sup> De acordo com Joecks, “Die Überwachung der Telekommunikation erfordert konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Haftzwecks. Die beabsichtigte Überwachung ist dem Gesprächspartner des Beschuldigten vor Beginn des Telefonats mitzuteilen (Abs. 3). Die Kommunikation darf abgebrochen werden. Wenn der Zweck der Untersuchungshaft durch das Gespräch gefährdet wurde (Abs. 1 Satz 6). Eine Aufzeichnung ist nur unter den Voraussetzungen der §§100 a, 100 b, StPO zulässig (Kraus Beck OK StPO Rn 22). Ob mit der Zustimmung zur Telekommunikation regelmäßig auch die Überwachung des Gesprächs angeordnet wird, ist zweifelhaft (dafür M-G/S Rn 17, a M König NStZ 2010, 189). Art. 6 GG ist zu beachten” (*Strafprozessordnung. Studiunkommentar*, p. 299).

<sup>1086</sup> Resolução 70/175 da Assembleia-Geral, anexo, adotada a 17 de dezembro de 2015.

<sup>1087</sup> Alojamento. Regra 12 (1) As celas ou locais destinados ao descanso noturno não devem ser ocupados por mais de um recluso. Se, por razões especiais, tais como excesso temporário de população prisional,

É verdade que o art. 26, n.º 1, da Lei n.º 115 de 2009 indica essa preferência, porém o n.º 2 do artigo acaba por facultar, na prática, o alojamento coletivo. Destarte, no desiderato de emprestar mais efetividade à norma do alojamento individual, seria conveniente rever essa regra que autoriza o alojamento comum em função dos regimes de execução, tal como prevê o art. 26º, n.º 2.

No §119, (1), do StPO, essa vedação é literal<sup>1088</sup>, *verbis*: «*der Beschuldigte von einzelnen oder allen anderen Inhaftierten getrennt wird*». Isto é, o arguido deve estar separado dos demais presos<sup>1089</sup>. Isso se deve, sobre tudo, por conta do princípio da presunção de inocência e da *Verbot der Wirkungsgleichheit*<sup>1090</sup>.

Por exemplo, o art. 5º, da BayUVollzG, reza que «*Die Untersuchungsgefangenen dürfen nicht mit Gefangenen anderer Haftarten in demselben Raum untergebracht werden*.

---

for necessário que a administração pri-sional central adote exceções a esta regra deve evitar-se que dois reclusos sejam alojados numa mesma cela ou local. (2) Quando se recorra à utilização de dormitórios, estes devem ser ocupa-dos por reclusos cuidadosamente escolhidos e reconhecidos como sendo capazes de serem alojados nestas condições. Durante a noite, deverão estar sujeitos a uma vigilância regular, adaptada ao tipo de estabelecimento prisional em causa.

<sup>1088</sup> Segundo Schultheis, “Liegen Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Haftzwecke vor, wenn der Beschuldigte mit anderen Gefangenen in Kontakt tritt, können Anordnungen nach §119 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 und Nr. 5 getroffen werden. Dies gilt unabhängig von der Befugnis der Vollzugsanstalt, nach dem landesrechtlichen Untersuchungshaftvollzugsgesetz vergleichbare Anordnungen zu treffen (vgl. Rn. 3, aA KG StV 2010, 370, 372). Nr. 4 betrifft dabei die Trennung von einzelnen oder allen anderen Gefangenen. Nach Nr. 5 kann die gemeinsame Unterbringung oder der Aufenthalt zusammen mit anderen Gefangenen eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. Die vorgenannten Anordnungen kommen insbesondere wegen Verdunkelungsgefahr in Betracht, wenn sich andere Tatbeteiligte oder potentielle Zeugen in der Haft befinden. Bei diese gilt der Erfahrungssatz, dass der unkontrolliert Austausch untereinander die Gefahr der Erschwerung oder sogar Vereitelung der Wahrheitsfindung mit sich bringt (KG Beschl. v. 7.2.2012 – 4 Ws 11/12; aA LG Gießen StV 2012, 363); Absprachen im Hinblick auf das Vorgehen im Prozess, insbesondere hinsichtlich des Einlassungsverhaltens, liegen jedenfalls bei nicht geständigen Beschuldigten nahe (KG aaO). Das gilt auch dann, wenn ein erstinstanzliches Urteil ergangen dieses aber noch nicht rechtskräftig ist, denn bis zur Rechtskraft besteht die Möglichkeit, dass aufgrund eines erfolgreichen Rechtsmittels das Urteil mit der Folge einer neuen Tatsachenverhandlung aufgehoben wird (vgl. OLG Hamm Beschl. v. 12.2.2008 – 3 Ws 26/08). Zur Abwehr von Fluchtgefahr sind Anordnungen nach §119 Abs. 1 Nr. 4 und 5 erforderlich, wenn Anhaltspunkte vorliegen, dass ein Beschuldigter versuchen könnte, mit bestimmten anderen Gefangenen unterbinden soll, ist dabei in der Regel von lediglich geringer Eingriffsintensität (OLG Hamm aaO.). Sie wird zudem bei bestimmten Kriminalitätsphänomenen – etwa im Bereich der organisierten Kriminalität oder bei der Beteiligung in kriminellen oder terroristischen Vereinigungen – häufig angezeigt sein (vgl. BT-Drs. 16/11644 S. 25, 26). Die landesrechtlichen Untersuchungshaftvollzugsgesetze sehen – allerdings mit weitreichenden Ausnahmemöglichkeiten – vergleichbar der früheren Fassung des §119 Abs. 1 als Grundsatz die Trennung des Beschuldigten von Gefangenen anderer Haftarten sowie die Einzelunterbringung während der Ruhezeiten vor (Einzelheiten vgl. Schlothauer/Weider Rn. 1053 ff.). Zum Erfordernis eines deutlichen Abstands der allgemeinen Haftbedingungen zu denen der Einzelhaft vgl. BverfG Beschl. v. 17.10.2012 – BvR 736/11. Zur strengen Einzelhaft vgl. Rn. 53. Zur Rspr. des EGMR vgl. Pohlreich NSTZ 2011, 560, 563 f.)” (*Strafprozessordnung*, p. 733-734).

<sup>1089</sup> Cf. KÜHNE, Hans-Heiner; *Strafprozessrecht*, p. 190.

<sup>1090</sup> Cf. MEINEN, Gero; *Handbuch zum Strafverfahren*, p. 326.

*Sie sind auch sonst von Gefangenen anderer Haftarten zu trennen. Art. 11 Abs. 2 bleibt unberührt. Ausnahmen sind zulässig, wenn die Untersuchungsgefangenen zustimmen. Ausnahmen sind ferner jeweils vorübergehend zulässig, wenn dies aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt oder anderen dringenden Gründen der Vollzugsorganisation erforderlich ist».* Lá também cabem exceções, caso o arguido concorde ou quando necessário por razões de segurança.

Segundo o n.º 4, do art. 26, da Lei n.º 115, “os espaços de alojamento respeitam a dignidade do recluso e satisfazem as exigências de segurança e de habitabilidade, designadamente quanto a higiene, luz natural e artificial, adequação às condições climáticas, ventilação, cubicagem e mobiliário”. Portanto, sem embargo à presunção de inocência, o direito à alojamento tem a ver especialmente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

## **6. O direito à integridade**

Em sintonia com o princípio da dignidade humana, o Princípio n.º 6, da Resolução n. 43/173, da ONU, orienta no sentido de que “nenhuma pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão será submetida a tortura ou a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

Em que pese a morbidez do crime perpetrado, não se revela civilizatório, pelo menos segunda nossa cultura de base greco-romana, submeter alguém à crueldade por conta do seu comportamento desumano. É necessário preservar a integridade, de quem quer que seja, como critério de avanço inexorável da humanidade.

O art. 3, da Convenção EDH, contém o direito à integridade, na medida que visa a impedir qualquer tratamento desumano. Entenda-se por tratamento desumano qualquer sofrimento físico ou mental, e qualquer outro injustificado<sup>1091</sup>.

Por seu turno, o art. 7º, n.º 1, a), da Lei n.º 115 de 2009 prevê expressamente a garantia da integridade pessoal. Talvez nem preciso fosse assim consignar, dado que a CRP tem-na como seu princípio estruturante a dignidade da pessoa humana (art. 2º).

---

<sup>1091</sup> COHEN-JONATHAN, Gérard; *La Convention Europeenne des Droits de L'homme*. Paris: Economica, 1989, p. 293.

Convém, porém, sempre o deixar claro e expresso, à vista das recorrentes violações ao princípio que se sucedem nos estabelecimentos prisionais, para não se esquecer que “«a República é uma organização política que ser o homem, não é o homem que ser aos aparelhos político-organizatórios»<sup>1092</sup>. Essa preocupação deve ser central, sobretudo quando se trata de uma pessoa submetida a uma medida de coação tão íngreme quanto a prisão preventiva.

Registe-se, por oportuno, que esse direito se estende tanto a quem cumpre uma pena, como para quem está sujeito a uma medida de coação como a prisão preventiva, sem olvidar que essa proteção se destina também aos estrangeiros<sup>1093</sup>.

Por conta do art. 3º, da Convenção EDH, subsistem três proibições: (a) tortura; (b) pena ou tratamento desumano; (c) pena ou tratamento degradante<sup>1094</sup>. De acordo com a Corte EDH, essa regra reproduz valores civilizatórios e um compromisso com a dignidade humana (*Bouyid vs. Bélgica*).

Por exemplo, pesa contra a dignidade do preso preventivo, não poder se locomover dentro da unidade para sua saúde psíquica e física. No mesmo sentido, requer-se o contato com o exterior, como o direito de receber visitas, bem como o direito de se corresponder por escrito<sup>1095</sup>.

Com efeito, o direito à integridade implica o direito à atenção médica em prol da saúde do preso; significa o direito à comunicação com seus familiares, isso porque a integridade vai para além da garantia física, mas naturalmente deve se expandir à saúde psíquica e espiritual do preso preventivamente.

No caso *Khudobin vs. Rússia*, por exemplo, a Corte EDH reconheceu um tratamento degradante, portanto, uma violação ao art. 3º, da Convenção EDH, na medida em que, não obstante portador de HIV, deixou-se de oferecer uma assistência médica adequada, circunstância essa que agravou sua saúde<sup>1096</sup>.

---

<sup>1092</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p 225.

<sup>1093</sup> Cf. PETTITI, Louis-Edmond; DECAUX, Emmanuel; IMBERT, Pierre-Henri; *La Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Paris: Economica, 1999, p. 161.

<sup>1094</sup> VERMEULEN, Ben; BATTJES, Hemme; *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Fifth Edition. Antwerp: Intersentia, 2018, p. 383.

<sup>1095</sup> Cf. PIQUEREZ, Gérard; *Traité de procédure pénale suisse*, p. 556.

<sup>1096</sup> Apud VERMEULEN, Ben; BATTJES, Hemme; *idem*, p. 414.

Então, o direito à integridade está relacionado, invariavelmente, às condições ou regime da prisão. Para Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux e Pierre-Henri Imbert, haveria um regime degradante quando precário o serviço médico, condições materiais humilhantes de custódia e celas de isolamento desumanas<sup>1097</sup>. Do mesmo modo, implica tratamento degradante colocar um preso preventivo em uma unidade superlotada<sup>1098</sup>.

Segundo Kai Ambos, referindo-se ao caso *Stoica vs. Romania*, ressalta que o tratamento degradante, menos grave que a tortura e o tratamento desumano, não tem a ver com um sofrimento físico, mas com a humilhação do ser humano, por isso mesmo uma violação a sua dignidade<sup>1099</sup>.

É possível que no curso da prisão preventiva um familiar do arguido possa estar situação de emergência médica, por isso a necessidade uma comunicação telefônica, sobretudo diante de doenças terminais. Por respeito à integridade e à dignidade, convém permitir ao preso a oportunidade de um telefonema, evidentemente sob a vigilância das autoridades responsáveis pela segurança da respectiva unidade de custódia provisória.

Por exemplo, o art. 21, n.º 1, da Lei de Execução da Prisão Preventiva da Baviera (*BayUVollzG*)<sup>1100</sup> permite isso, quando trata das telecomunicações dos presos preventivos (*Untersuchungsgefangenen*)<sup>1101</sup>.

---

<sup>1097</sup> Idem, p. 170-172.

<sup>1098</sup> Segundo Ben Vermeulen and Hemme Battjes, “a detention cell may not be overcrowded, and must have sufficient sanitary and sleeping facilities. In the Mursic case, the Grand Chamber decided that personal space less than three square metres provides a ‘strong presumption’ of a violation, which can ‘normally’ be rebutted only if that ‘reduction’ is short and occasional, accompanied by sufficient freedom of movement outside the cell and when there are no other aggravating aspects of the conditions of his or her detention. Personal space measuring between three and four square metres is ‘a weighty factor’ in considering the prison conditions, to be assessed alongside ‘access to outdoor exercise, natural light or air, availability of ventilation, adequacy of room temperature, the possibility of using the toilet in private, and compliance with basic sanitary and hygienic requirements’. Thus, in the Valasinas case, no violation of Article 3 was found, because the restricted space in the sleeping facilities was counterbalanced by the unlimited freedom of movement during the day. But in Peers, the Court concluded that there was a violation of Article 3 because the applicant had to share a cell of approximately seven square metres with another inmate, had to use the toilet in the presence of the other inmate, and had to spend almost the whole 24-hour period practically confined to his bed, in a cell where there was neither ventilation nor a window. The Court has deemed relevant an array of other factors, such as leaving on the light all day and night and providing ‘repulsive and virtually inedible’ food. Taken alone, these factors usually are not sufficient to amount to an infringement, as the Court ruled on insufficient separation of sanitary facilities from the remainder of the prison cell” (*Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, p. 412-413).

<sup>1099</sup> *European Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 124.

<sup>1100</sup> Art. 21 *Telekommunikation*. (1) *Die Untersuchungsgefangenen dürfen mit Erlaubnis des Anstaltsleiters oder der Anstaltsleiterin in dringenden Fällen Telefongespräche führen, soweit die Sicherheit und Ordnung sowie die räumlichen, personellen und organisatorischen Verhältnisse der Anstalt dem nicht*



Segundo Maria João Antunes, o direito de defesa, o princípio da presunção de inocência e o princípio do respeito pela decisão da vontade do arguido correspondem aos três vetores básicos que orientam o estatuto processual do arguido<sup>1102</sup>. De modo que o arguido sujeito à medida de coação, mormente à prisão preventiva, goza de direitos constitucionalmente reconhecidos que não podem ser ignorados, sob pena de mais uma vez configurar uma ilegítima antecipação de pena.

Especial atenção merece, portanto, o direito à integridade do arguido no que diz respeito a sua vontade. Como o imputado tem o direito a não autoincriminação, corolário do direito ao silêncio, ou mesmo de não facultar meios de prova, em sintonia com o princípio do processo equitativo, previsto no art. 6º, da Convenção EDH.

Com isso, não pode a prisão preventiva ou qualquer outra medida de coação, servir como incitação a colaborações premiadas. Isso, sem embargo, contraria o princípio da vedação da produção de provas ilícitas. Porque, em absoluto, será uma produzida em sentido adverso ao princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido.

É evidente que a prisão preventiva impõe uma “pressão psicológica” contra o arguido. Por isso, uma “colaboração” que precede a revogação da medida deixa as pegadas do desrespeito à integridade do arguido, pois “forçado” a se submeter às “chantagens” da acusação como requisito à liberdade<sup>1103</sup>.

## 7. O direito de defesa

Está escrito no art. 6º, n. 3, alínea *d*), da Convenção EDH, que todo acusado tem como garantia mínima, entre outras, o direito de “dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa”. Então, sem defesa, não ter-se-á um processo equitativo.

---

*entgegenstehen. Ein Telefongespräch möglichst zeitnah nach der Aufnahme in die Anstalt soll zugelassen werden.*

<sup>1101</sup> Cf. SIEPMANN, Sarah; *Die Entwicklung einer gesetzlichen Basis für das Recht der Untersuchungshaft auf Bundes und Landesebene (Das BayUVollaG)*, p. 388.

<sup>1102</sup> 2016, p. 39.

<sup>1103</sup> Cf. TORON, Alberto Zacharias; O direito de defesa na Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 24. Vol. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

No curso do processo penal, o arguido ou acusado tem o direito de se defender ou de ser defendido por alguém. De um lado, tem-se a autodefesa, quando realizada por si próprio, do outro, a defesa técnica, quando se dá por meio de um defensor (art. 6º, n.º 3, *c*), da CEDH).

Tais garantias estão contidas no art. 32º, n. 5, da CRP (*garantias do processo criminal*). O direito de defesa do arguido sujeito à medida de coação se verifica, na medida em que, dado a própria condição de sujeito processual, ele pode intervir na produção de provas.

Por essa razão, o art. 61, n.º 1, *g*), do CPP português pontua que o arguido goza do direito de “intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias”. Falar, portanto, de direito à defesa, significa, em linhas gerais, o direito a todas as garantias de intervir nas decisões<sup>1104</sup>.

No particular do preso preventivamente, considerando o que prevê a Lei n.º 115 de 2009, o direito de defesa implica o acesso ao processo referente à medida privativa de liberdade (art. 7º, n.º 1, *l*)), o exercício da auto defesa e da defesa técnica (art. 7º, n. 1, *m*)) e o direito a um Advogado (art. 7º, n.º 1, *n*)).

O art. 61º regula as visitas de advogados, segundo os horários fixados pela unidade de prisão, porém “sem prejuízo da autorização de visitas urgentes”. O art. 116º cuida do direito à reclusão, petição, queixa e exposição. Aqui, resguarda-se um amplo

---

<sup>1104</sup> Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, “o direito a todas as garantias de defesa (artigo 32º, n.º 1 da CRP), numa expressão já proveniente da primeira Constituição republicana, que corresponde ao direito a um processo equitativo (artigo 20º, n.º 4, da CRP e artigo 6º, § 1º, da CEDH): i. o direito ao silêncio (artigo 6º, § 1º, da CEDH, artigo 32º, n.º 1, da CRP, e artigos 61º, n.º 1, al.ª h), 141º, n.º 4, al.ª a), 343º, n.º 1, do CPP) e o direito a não colaborar com as autoridades judiciárias (sobre o direito à não auto-incriminação, ver a anotação ao artigo 4º); ii. O direito à igualdade de armas (artigo 6º, § 1º, da CEDH, e artigo 32º, n.º 1, da CRP); iii. O direito ao contraditório (artigo 32º, n.º 5, da CRP, e artigo 6º, da CEDH), designadamente, o direito ao interrogatório como arguido (artigo 272º, n.º 1, do CPP), o direito a ser informado pessoalmente da acusação (artigo 6, § 3, al.ª a), da CEDH, artigos 113º, n.º 9, e 283º, n.º 5, do CPP), o direito de audição sobre as decisões relativas à disciplina da audiência e à direção dos trabalhos (artigo 322º, n.º 1, do CPP), o direito de audição sobre decisão que pessoalmente o afecte (artigo 61º, n.º 1, al.ª b), e artigo 327º, n.º 1, do CPP), o direito de contraditar meios de prova dos outros sujeitos processuais, mesmo os oficiosamente produzidos pelo tribunal (artigos 139º, n.º 3, e 327º, n.º 2, do CPP) e o direito a ser informado sobre o que se passou na audiência na sua ausência (artigo 332º, n.º 7, do CPP); iv. O direito de dispor de tempo e dos meios necessários para a preparação da defesa (artigo 6º, § 3º, al.ª d), da CEDH); v. o direito de apresentar prova em sua defesa e contestar a prova da acusação (artigo 6º, §§ 1º, e 3º, al.ª d), da CEDH); vi. O direito à imediação (artigo 6º, § 3º, al.ª d), da CEDH); vii. O direito de ser informado dos seus direitos (artigo 61º, n.º 1, al.ª g), do CPP), incluindo o direito de ser informado do seu direito de recorrer da sentença e do respectivo prazo nos termos do artigo 333º, n.º 6; viii. O direito de falar livre na sua pessoa e de não prestar juramento (artigo 140º, n.º 1 e 3, do CPP); ix. O direito a tradutor gratuito (artigo 6º, §3º, al.ª e), da CEDH);” (*idem*, p. 188).

acesso à justiça, inclusive à Corte de Estrasburgo. (n.º 4). O art. 157º garante àquele que não possua defensor constituído à nomeação de um pela Ordem dos Advogados.

Então, não há que falar em defesa sem garantir o contacto do arguido com seu advogado, bem como aos documentos necessários para elaborar sua defesa. Por isso, o acesso deve ser pleno e reservado, sem prejuízo às questões de segurança que tocam à unidade prisional. Como, por exemplo, prevê o art. 22, da BayUVollzG, o preso preventivamente tem o direito à comunicação com seu defensor, «*ohne Beschränkung und Überwachung schriftlich verkehren*», muito embora, na prática, essa consulta encontre diversas dificuldades, conforme expõe Schlothauer<sup>1105</sup>.

Com o acórdão *Pakelli vs. Alemanha*, de 25 de abril de 1983, a Corte Europeia de Direitos Humanos interpretou o art. 6.º, n. 3, c), da CEDH, no sentido de que o arguido goza do direito de se defender, bem como de ser defendido por defensor por ele indicado ou um nomeado pelo Estado. Todavia, consoante decidiu a Corte Europeia, caso a defesa não seja efetivamente realizada, quer por inércia, quer por erro do defensor, impõe-se a correção dessa deficiência, sob pena de configurar ausência de defesa<sup>1106</sup>.

Em verdade, o direito à defesa revela um gama de possibilidades de concretização. Por isso, Maria João Antunes o reconhece como “categoria aberta”, porquanto está associado ao princípio do contraditório<sup>1107</sup>. Ele se constata diante do direito de estar presente no julgamento, de ser noticiado sobre as provas contra si, de se insurgir contra as provas contrárias ao arguido, por meio inclusive do direito à produção de provas por meio de diligências solicitadas.

Esse direito de defesa, como dito anteriormente, constitui um pressuposto essencial do processo equitativo. Como bem destacou Alberto Binder, para proteger a pessoa contra o uso arbitrário do poder do Estado, tem-se um conjunto de normas

---

<sup>1105</sup> *Untersuchungshaft mit Erläuterungen zu den UvollzG der Länder*, p. 33.

<sup>1106</sup> Como pontua Paulo Pinto de Albuquerque: “a inércia manifesta do defensor (acórdão *Artico v. Itália*, de 13.5.1980, sobre a inércia na fase de recurso, *Imbrioscia v. Suíça*, de 21.11.1993, sobre a inércia na fase de investigação, *Daud v. Portugal*, de 21.4.1998, e *Sannino v. Itália*, de 27.4.2006, ambos sobre a inércia na fase de julgamento) ou mesmo o erro do defensor (acórdãos *Gillow v. Reino Unido*, de 24.11.1986, *Morris v. Reino Unido*, de 26.2.2002, *Czekalla v. Portugal*, de 10.10.2002, e *Bogumil v. Portugal*, de 7.10.2008) podem prejudicar gravemente a defesa, devendo, por isso, merecer do tribunal um controlo apertado e, em alguns casos, um convite à retificação ou mesmo a substituição do defensor, sob pena de se verificar um caso de verdadeira indefesa do arguido, com as legais consequências da falta de advogado (também neste sentido, a jurisprudência do Bundesgerichtshof, citada em CLAUD ROXIN HANS ACHENBACH, 2006: 199)” (p. 193-194).

<sup>1107</sup> *Idem*, p. 39.

direcionadas a manter o processo penal “dentro de um âmbito de racionalidad y de ‘juego limpio’ – es decir, aquello que em inglês se denomina *fair trial*”<sup>1108</sup>. Binder, vai além, pois tem na inviolabilidade do direito à defesa a base garantidora de todas as demais. Esse princípio é o direito intangível que tem todo cidadão de se opor às acusações dentro de um processo penal<sup>1109</sup>.

Portanto, o direito de defesa pode e deve ser exercido a qualquer momento processual, inclusive na audiência que segue à prisão, na qual poderá se opor aos motivos da prisão preventiva, indicando evidências de que não ocorreu o crime, bem como não é o responsável.

## 8. O direito à revisão

Embora inexista convenção específica que cuide da prisão preventiva na ONU, há normas internacionais aplicáveis previstas em diversos documentos. Entre os quais, merece destaque a Resolução n.º 17 adotada pelo 8º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e do Tratamento dos Delinquentes de 1990, realizada em Havana.

Por ser uma exceção, a prisão preventiva deve ser sempre revista, de modo que só deve persistir caso ainda subsistam motivos indicadores de sua necessidade, porquanto não pode, em nenhuma hipótese, transmutar-se numa pena antecipada. Nessa direção, o item *h*), da Resolução n. 17 de 1990 da ONU propõe que “a prisão preventiva deverá ser objecto de reapreciação judicial a intervalos razoavelmente curtos e não deverá estender-se por um período superior ao exigido pelos princípios acima enunciados”<sup>1110</sup>.

Nesse sentido, o art. 213.º, do CPP português, dispõe que o magistrado deva proceder, no prazo de três meses, o reexame dos pressupostos da prisão preventiva. De modo que o juiz deve decidir se “elas são de manter ou devem ser substituídas ou

---

<sup>1108</sup> *Introducción al derecho procesal penal*. 2ª edición. Buenos Aires: Ad – Hoc, 2016, p. 155.

<sup>1109</sup> *Idem*, p. 155.

<sup>1110</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Direitos Humanos e Prisão Preventiva. Manual de Normas Internacionais sobre Prisão Preventiva*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações do 50º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos, 1994.

revogadas e verificando os fundamentos de elevação dos prazos da medida”<sup>1111</sup>. Em que pese sua importância, Maia Gonçalves regista sua frequente inobservância, malgrado codificada desde 1929<sup>1112</sup>. E quando ocorre, opera-se de modo mecânico, sem uma verdadeira revisão substancial das condições de aplicação da medida.

Essa revisão decorre do princípio da presunção de inocência, pois enquanto inexistir condenação, qualquer prisão é precária, na medida em que só pode persistir quando subsistir os motivos processuais de natureza cautelar que lhes deram causa.

## 9. O direito ao recurso

Esse direito, que não se confunde com o específico direito à revisão, está previsto no art. 32º, n.º 1, da CRP, segundo o qual “o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso”. Está, igualmente, garantido em diversos instrumentos internacionais.

De acordo com o art. 5º, n.º 5, da CEDH, “qualquer pessoa privada de sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade de sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal”.

Na verdade, existem dois meios idôneos aptos à impugnação de decisão ou despacho que impõe ou mantém uma prisão preventiva: o recurso e o *habeas corpus*.

O recurso está baseado sobretudo no princípio geral da recorribilidade das decisões, na extensão do art. 219º, do CPP, com base no qual, pode-se impugnar a decisão que aplicar, substituir ou manter uma medida de coação, entre as quais, a prisão preventiva.

---

<sup>1111</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*; *ob. cit.*, p. 610.

<sup>1112</sup> Segundo Manuel Lopes Maia Gonçalves, “Este preceito, até onde nos é dado constatar, é frequentemente esquecido, sendo quase considerado letra morta. Trata-se de uma falta lamentável, pois a lei é para ser cumprida e aqui se estabelece um controlo frequente e obrigatório de medida de coação muito gravosa. Isto para além de a omissão poder ser fonte de responsabilidade disciplinar de magistrados e de funcionários e ainda de irregularidade processual, com o regime dos arts. 118º, n.º 2 e 123.” (*Código de Processo Pena Anotado*. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 1997, p. 391).

No caso do *habeas corpus*, esse consiste no instrumento de combate a qualquer abuso perpetrado contra o direito à liberdade pessoal, como prevê o art. 31º, da CRP. Maria João Antunes, “a petição de *habeas corpus* deve fundar-se em ilegalidade da prisão, proveniente de ter sido efetuada ou ordenada por entidade incompetente, ser motivada por facto pelo qual a lei a não permite ou manter-se para além dos prazos fixados pela lei ou por decisão judicial (art. 222º, do CPP)<sup>1113</sup>.

Frise-se que o direito ao recurso independe da regularidade ou irregularidade da prisão preventiva. Ele possui um conteúdo autónomo, na medida em que pode ser maneado para simplesmente sindicar a medida imposta. Por exemplo, pode-se questionar a razoabilidade da medida.

Sem embargo, o recurso deve ser examinado em curto prazo, logicamente considerando as circunstâncias e complexidade do caso concreto, máxime porque o recorrente goza da presunção de inocência<sup>1114</sup>.

Com a Lei n.º 48/2007, houve uma mudança significativa em relação aos modos de impugnação. Entre os quais, convém destacar que não cabe mais o recurso contra a decisão que indeferiu a aplicação da medida de coação. O art. 219º, n.º 3, reza, nesse sentido, que “a decisão que indeferir a aplicação, revogar ou declarar extintas as medidas previstas no presente título é irrecorrível”. De observar, claramente, que houve um carácter pró-arguido nesta mudança legislativa, de modo a evidenciar o peso do princípio da presunção de inocência e da excepcionalidade da prisão preventiva<sup>1115</sup>.

---

<sup>1113</sup> *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 152.

<sup>1114</sup> Cf. BARRETO, Ireneu Cabral; *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2015, p. 144.

<sup>1115</sup> Noutra perspectiva, mais crítica a mudança, Nuno Brandão: “De acordo com o regime legal revisto, o despacho proferido pelo juiz de instrução sobre o requerimento apresentado pelo Ministério Público com vista à aplicação de uma medida de coação deveria considerar-se recorrível, tanto no caso de aplicação, como no caso de não aplicação de medida de coação requerida. A recorribilidade do despacho de aplicação da medida de coação encontrava-se expressamente prevista no art. 219.º, pretendendo impor um prazo célere para a sua apreciação no tribunal de recurso. A inadmissibilidade de interposição de recurso pelo arguido estaria, aliás, ferida de inconstitucionalidade, por violação do art. 32.º-1 da Constituição, que, de acordo com a jurisprudência constitucional, garante ao arguido o direito ao recurso, pelo menos em um grau, ‘quanto a decisões penais condenatórias e ainda quanto às decisões penais respeitantes à situação do arguido face à privação ou restrição da liberdade ou de quaisquer outros direitos fundamentais’. A revisão mantém, naturalmente, o direito ao recurso da decisão de aplicação da medida de coação (art. 219.º-1) e determina que no prazo previsto para a sua interposição o arguido e o seu defensor podem consultar os elementos do processo que a fundaram, salvo nos casos enunciados (art. 194.º-4, b), e -6). Todavia, com a nova redação dada ao art. 219.º, a decisão que indeferir a aplicação, revogar ou declarar extinta uma medida de coação para a ser irrecorrível (art. 219.º-3). Como temos visto, as soluções legais em matéria de medidas de coação

Depois de esgotado os recursos internos, consoante prevê o art. 35º, da CEDH, o preso preventivamente pode recorrer à Corte EDH, por meio do instrumento da petição individual<sup>1116</sup>. Com isso, possibilitar o reexame a decisão que o mantém sobre prisão preventiva<sup>1117</sup>. Segundo o caso *Burden vs. United Kingdom*, tal recurso deve ser movido pessoalmente, não cabendo à órgão ou organização pública ingressar com esse instrumento<sup>1118</sup> na Corte.

Então, muito embora seja dever do Estado promover as garantias, entre as quais a liberdade pessoal, contidas na Convenção EDH, quando urge uma violação a essa obrigação, qualquer pessoa pode, ao abrigo do art. 34º, da CEDH, recorrer à Corte de Estrasburgo<sup>1119</sup>.

## 10. O direito à privacidade

O processo penal deve ser público, quer por exigência comunitária, quer porque historicamente, os processos secretos eram peculiares do sistema inquisitivo medieval, palco das mais injustas condenações. Por isso, o art. 6º, n.º 1, da Convenção EDH, consigna o carácter público do processo.

Por outro lado, o princípio da presunção de inocência, bem como o da proteção da honra, esse previsto no art. 10, n.º 2, da Convenção EDH, aquele expresso no art. 6º, n.º 2, da Convenção EDH, constituem limites à exposição na media, da imagem de quem sofre

---

visam assegurar um equilíbrio, tantes vezes difícil e precário, entre a necessidade de proteção dos direitos fundamentais do cidadão presumido inocente sujeito e objecto do processo penal e o interesse na realização da justiça penal. A irrecorribilidade do despacho de não aplicação de medida de coacção acentua a natureza do recurso como garantia de defesa em detrimento da sua matriz original de remédio e desfaz aqui o equilíbrio sempre almejado no contexto das medidas de coacção, que representam um mal, mas um mal necessário, por emergirem, como afirma Frederico Isasca, ‘como condição indispensável, embora num quadro de excepcionalidade, à realização da justiça’. Sendo certo que onde haja carência de um exercício de concordância prática, como aqui acontece de forma paradigmática, a destruição do equilíbrio raramente representa uma boa solução” (*ob. cit.* p. 91-92).

<sup>1116</sup> Cf. ROSA CORTINA, José Miguel; *Las Medidas Cautelares Personales en El Proceso Penal*, p. 177.

<sup>1117</sup> Art. 34º Petições individuais. O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.

<sup>1118</sup> JACOBS, WHITE E OVEY; *The European Convention on Human Rights*, p. 29.

<sup>1119</sup> MURDOCH, Jim; *Le traitement des détenus. Critères européens*, p. 27.

uma medida de coação concernente à prisão preventiva. Em todo caso, deve-se evitar o prejulgamento que ocorre de maneira frequente pelos meios de imprensa<sup>1120</sup>.

Sem embargo do dano causado à honra do arguido, caso sobrevenha uma declaração de inocência, uma divulgação do seu nome, mesmo ainda na condição de suspeito como responsável pelo crime, pode comprometer a imparcialidade do Tribunal. É por isso que o art. 10º, n. 2, da CEDH, estabelece que a liberdade de informação está limitada pelo princípio da proteção da honra e pela preservação da imparcialidade judicial<sup>1121</sup>.

Com a Directiva (UE) 2016/343, que cuida especificamente da presunção de inocência e do direito de comparecer ao julgamento, essa proteção à imagem consubstancia-se no art. 4º, n.º 1, segundo o qual “os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que, enquanto a culpa do suspeito ou o arguido não for provada nos termos da lei, declarações públicas emitidas pelas autoridades públicas ou decisões judiciais que não estabelecem a culpa não apresentem o suspeito ou o arguido como culpado.”.

Dentro dessa lógica, o art. 5º, da mesma directiva, propõe que “os Estados-Membros tomam as medidas adequadas para assegurar que o suspeito ou o arguido não são apresentados como culpados, em tribunal ou em público, através da utilização de medidas de coerção física”.

Contudo, dado o interesse público à justiça, essa disposição não prejudica os atos de acusação que visam provar a culpa do suspeito ou arguido, bem como decisões judiciais preliminares inerentes ao processo, como ressalva a parte derradeira do dispositivo. Essa ressalva, de igual sorte, preserva o interesse comunitário à informação, pois o art. 4º, n.º 3, declara que aquela obrigação de preservação da imagem do suspeito ou arguido, “não impede que as autoridades públicas divulguem ao público informações sobre o processo

---

<sup>1120</sup> Cf. AMBOS, Kai; *European Criminal Law*, p. 92.

<sup>1121</sup> Declara o art. 10, n. 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos que: “2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”.



penal quando for rigorosamente necessário por motivos relativos à investigação criminal ou ao interesse público”.

Então, tem-se o direito à preservação da imagem do suspeito, no sentido de não apresentá-lo como culpado pela prática do crime, circunstancia essa compatível com o princípio da presunção de inocência.

A Corte EDH, no caso *Alenet de Ribemont* julgado em 1995, assentou que no caso específico em que envolvia a divulgação de um suspeito como cúmplice de um homicídio, não havia proibição de informar o público sobre as investigações, porém que as autoridades policiais “façam com toda a discrição e toda a reserva que impõe o respeito pela dita presunção”.

Esse direito possui, portanto, estreita relação com o princípio da presunção de inocência. Enquanto não provada a culpa do arguido, não pode ser noticiado na imprensa como criminoso.

## **11. O direito à indemnização**

O direito à liberdade só pode ser mitigado em situações excepcionais, por isso mesmo, na hipótese de uma pessoa perdê-la em desacordo com a ordem jurídica, surge o direito à reparação dos danos causados. Essa reparação significa o direito de obter uma indemnização<sup>1122</sup>.

Daí porque o art. 27º, n.º 5, da CRP, consigna que “a privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indenizar o lesado nos termos que a lei estabelecer”.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, o dispositivo consagra o “princípio da indemnização” concernente aos danos decorrentes de uma privação de liberdade ilegal ou inconstitucional, como a prisão preventiva injustificada, a prisão ordenada por autoridade judicial em desacordo com o devido processo, “o que representa o alargamento da responsabilidade civil do Estado (cfr. art. 22º) a factos ligados ao exercício da função

---

<sup>1122</sup> Cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo; *Os princípios estruturantes do processo penal português – Que futuro?*, p. 438.

jurisdicional, não se limitando esta responsabilidade ao clássico erro judiciário (cfr. art. 29º-6)”<sup>1123</sup>.

Esse direito está, de igual sorte, consagrado no art. 5º, n.º 5, da CEDH, segundo o qual “qualquer pessoa vítima de prisão ou detenção em condições contrárias às disposições desde artigo tem direito à indemnização”<sup>1124</sup>.

É natural que erros possam ser cometidos, uma vez que as decisões judiciais não são tomadas por máquinas. Essa carga, porém, não deveria pesar sobre as costas do indivíduo. O risco desse erro, dado que o poder público detém o monopólio da persecução criminal, deve ser arcado pelo Estado.

Há, por conseguinte, uma obrigação estatal, no sentido de indemnizar quem sofreu um dano em sua esfera individual, sobre tudo quando se refere à subtração equivocada da sua liberdade. Essa indemnização deve ser perseguida no âmbito do direito interno. Assim, garante-se a indemnização levando em conta os meios processuais do Estado, ainda que possa condicionar à demonstração do dano, como decidido pela Corte EDH no *Acórdão Stanev* de 15 de janeiro de 2012<sup>1125</sup>.

No mais, convém não confundir esse direito com a compensação por conta de uma ilegal prisão preventiva, com aquela reparação prevista no art. 41º, da CEDH. Essa regra diz respeito à competência da Corte de Estrasburgo, enquanto o art. 5º, n.º 5, prevê um direito independente face a face o direito interno do país<sup>1126</sup>.

O art. 225º, do CPP português prevê a indemnização por privação da liberdade ilegal ou injustificada<sup>1127</sup>. Essa regra inclui a prisão preventiva, que será civilmente

---

<sup>1123</sup> Porém, segundo o mesmo Gomes Canotilho e Vital Moreira: “É questionável se o art. 225º do Cód. Proc. Penal, ao reconhecer o dever de indemnização apenas nos casos de prisão preventiva, que não sendo ilegais, se revelam injustificados por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia e se da privação da liberdade resultaram prejuízos anómalos e de particular gravidade, não se apresenta demasiado restritivo na implementação da obrigação constitucional estabelecida no n.º 5. Em qualquer caso, haverá aqui uma responsabilidade directa do Estado por actos da função jurisdicional por lesão grave do direito de liberdade” (*Constituição da República Portuguesa Anotada; ob. cit.*, p. 485).

<sup>1124</sup> Sobre a conformidade do art. 225º, do CPP de 1987, com Convenção EDH, cfr. AREIAS, André Peralta; O valor do princípio da presunção de inocência no regime de indemnização por indevida privação da liberdade. *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV. Número 13. Janeiro – Março 2013. Lisboa: Almedina, 2013.

<sup>1125</sup> Cf. BARRETO, Ireneu Cabral; *ob. cit.*, p. 146.

<sup>1126</sup> Cf. DIJK, Peter Van; HOOFF, Fried Van; RUN, Arjen Van; ZWAAK, Leo; *Theory and Practice of The European Court Human Rights*. 4º edition. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006, p. 508.

<sup>1127</sup> Para André Peralta Areias, “com a entrada em vigor do CPP em 1987, foi consagrado o direito à indemnização por parte de quem tivesse sofrido detenção ou prisão ilegal, procurando, assim, dar-se resposta a todos os prejuízos que derivassem de uma privação da liberdade ilegal ou injusta. Prejuízos que, pela

reparada quando for ilegal, decorrente de erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto e se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou actuou justificadamente<sup>1128</sup>.

Não era essa, todavia, a redação originária. Com a Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, passou-se a exigir o dever de comprovar que o arguido não cometeu o crime ou atuou justificadamente. Implica dizer que, na hipótese de absolvido com base no princípio *in dubio pro reo*, não poderá reivindicar uma indemnização. É evidente que essa ideia contraria a presunção de inocência.

Decerto, haveria com isso um retrocesso à dogmática jurídica prévia ao liberalismo, portanto, anterior à revolução francesa, que fazia essa distinção entre sentenças. Ter-se-ia, então, uma sentença absolutória de primeira categoria indemnizável (comprovada a inocência), e uma sentença absolutória de segunda categoria não indemnizável (não comprovada a inocência)<sup>1129</sup>.

Por conta disso, escreve Pinto de Albuquerque: “Uma de duas: ou o legislador indemniza todos os arguidos que tenham estado presos preventivamente e sejam absolvidos, ou não pode indemnizar nenhum arguido absolvido”. Isso porque “todas as absolvições são iguais e a absolvição por forma do *in dubio pro reo* não vale menos que qualquer outra”<sup>1130</sup>.

De todo modo, o TC decidiu, segundo o Acórdão 185/2010, “não julgar inconstitucional a norma constante do n.º 2 do artigo 225.º do Código de Processo Penal,

---

gravidade das consequências que decorrem de uma privação da liberdade ilegal ou injusta, merecem uma especial proteção por parte da lei” (O valor do princípio da presunção de inocência no regime de indemnização por indevida privação da liberdade. *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV. Número 13. Janeiro – Março 2013. Lisboa: Almedina, 2013, p. 238).

<sup>1128</sup> Artigo 225.º 1 - Quem tiver sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação pode requerer, perante o tribunal competente, indemnização dos danos sofridos quando: a) A privação da liberdade for ilegal, nos termos do n.º 1 do artigo 220.º, ou do n.º 2 do artigo 222.º; b) A privação da liberdade se tiver devido a erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia; ou c) Se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou actuou justificadamente. 2 - Nos casos das alíneas b) e c) do número anterior o dever de indemnizar cessa se o arguido tiver concorrido, por dolo ou negligência, para a privação da sua liberdade.

<sup>1129</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE; Paulo; Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro? *Que futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coord. Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Noversa Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 439.

<sup>1130</sup> Cfr. Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro? *Que futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coord. Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Noversa Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 439.

interpretada no sentido de se não considerar injustificada prisão preventiva aplicada a um arguido que vem a ser absolvido com fundamento no princípio *in dubio pro reo*<sup>1131</sup>.

Em resumo, permanece constitucional a exigência de comprovação de inocência, a fim de garantir o direito à indemnização, muito embora essa regra, em nosso sentir, não pareça ser compatível com o princípio da presunção de inocência.

Por outro lado, convém destacar que a Corte EDH, nos casos *Puig Pamela vs. Espanha* de 2002; e *Tendam vs. Espanha* de 2005, decidiu pela violação do princípio da presunção de inocência quando se negou indemnização por privação indevida da liberdade, sob o pretexto da não comprovação da inocência<sup>1132</sup>.

## 12. Os deveres do preso

O preso preventivamente, malgrado considerado inocente presumido, possui naturalmente deveres quando ingressa na unidade de execução da prisão preventiva. Na verdade, como arguido, reúne em seu torno um plexo de direitos, mas também de deveres. Segundo Paulo de Sousa Mendes, “o arguido não goza apenas de direitos avulsos (*uti singuli*), antes adquire uma posição global, estável e rica (activa e passiva), no processo, descrita nos artigos 60.º e 61.º CPP. Por isso se diz que é um sujeito processual”<sup>1133</sup>.

Tais deveres estão também consignados no art. 8º, da Lei n.º 115 de 2009. Em síntese, consideram-se obrigações necessárias ao cumprimento da medida e a convivência dentro da unidade prisional. O art. 8º, g), impõe ao recluso preventivo o dever de sujeitar-se a exames (álcool, drogas e doenças), com base em razões de ordem pública ou nos fins

---

<sup>1131</sup> Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/279014/acordao-185-2010-de-13-de-setembro>. Acesso em: 19-07-2018.

<sup>1132</sup> Cf. AREIAS, André Paralta; O valor do princípio da presunção de inocência no regime de indemnização por indevida privação da liberdade. *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV. Número 13. Janeiro – Março 2013. Lisboa: Almedina, 2013. Segundo André Paralta, “o TEDH deixa claro que não deverá haver diferenciação entre sentenças absolutórias que comprovem a inocência do arguido e sentenças absolutórias que se tenham fundamentado no princípio *in dubio pro reo*, assinalando ainda que, em relação a estas últimas, as consequências jurídicas que devirem dessa decisão não deverá ser de menor intensidade do que aquelas que resultam de uma sentença absolutória em que tenha ficado comprovado a inocência do arguido, nomeadamente que diz respeito ao acesso à indemnização por danos causados por privação da liberdade indevida” (*idem*, p. 255-256).

<sup>1133</sup> Os direitos e deveres do arguido. *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L Saldanha Sanches*. Vol. II. Direito Privado, Processual e Criminal. Org. Paulo Otero, Fernando Araújo e João Taborda da Gama. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 822.

que justificam a medida. No ponto, deve-se considerar o princípio da não auto-incriminação ou o princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido<sup>1134</sup>, naturalmente.

De modo geral, o preso preventivamente não deve ser submetido, contra sua vontade, a nenhum exame que importe intervenção médica, sob pena de ofensa a sua dignidade. Tais casos, quando necessários e absolutamente excepcionais, deveriam ser resolvidos com base em decisão judicial e não segundo o regulamento geral da unidade prisional (art. 8º).

Por exemplo, nos termos do art. 25, (3), da BayUVollzG<sup>1135</sup>, qualquer medida de coação no campo da saúde do preso preventivamente deve levar em conta uma série de critérios previstos no art. 108, da Lei de Execução Penal de Bayer<sup>1136</sup>, ou seja, ambas as

---

<sup>1134</sup> Cf. ANTUNES, Maria João; *Direito Processual Penal*, p. 43.

<sup>1135</sup> (3) 1Für Zwangsmaßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge gilt Art. 108 BayStVollzG entsprechend. 2Zuvor ist dem Gericht, der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. 3Hiervon kann bei Gefahr im Verzug abgesehen werden; in diesem Fall sind das Gericht, die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung unverzüglich zu unterrichten.

<sup>1136</sup> Art. 108 Zwangsmaßnahmen auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge  
(1) Medizinische Untersuchung und Behandlung sowie Ernährung sind auch gegen den natürlichen Willen der Gefangenen zulässig, um 1. eine konkrete Gefahr für das Leben oder eine konkrete schwerwiegende Gefahr für die Gesundheit der betroffenen Gefangenen oder 2. eine konkrete Gefahr für das Leben oder die Gesundheit einer dritten Person abzuwenden. (2) Maßnahmen nach Abs. 1 dürfen nur angeordnet werden, wenn 1. ärztlich über Art, Dauer, Erfolgsaussichten und Risiken der beabsichtigten Maßnahmen aufgeklärt wurde, 2. zuvor frühzeitig, ernsthaft und ohne Druck auszuüben versucht wurde, die Zustimmung der Gefangenen zu erhalten, 3. die Maßnahmen zur Abwehr der Gefahr geeignet sind, 4. mildere Mittel keinen Erfolg versprechen, 5. der zu erwartende Nutzen die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegt, 6. Art und Dauer auf das zwingend erforderliche Maß beschränkt werden und 7. in den Fällen des Abs. 1 Nr. 1 zusätzlich a) die betroffenen Gefangenen krankheitsbedingt nicht zur Einsicht in die Notwendigkeit der Maßnahme oder zum Handeln gemäß dieser Einsicht fähig sind und b) der nach § 1901a des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) zu beachtende Wille der Gefangenen nicht entgegensteht. (3) 1Die Maßnahmen dürfen nur auf Anordnung und unter Leitung eines Arztes oder einer Ärztin durchgeführt werden. 2Die Anordnung bedarf der Zustimmung des Anstaltsleiters oder der Anstaltsleiterin. 3Sie gilt höchstens für die Dauer von zwölf Wochen und kann wiederholt getroffen werden. 4Das Recht zur Leistung erster Hilfe für den Fall, dass ein Arzt oder eine Ärztin nicht rechtzeitig erreichbar und mit dem Aufschub Lebensgefahr verbunden ist, bleibt unbeschadet. 5Die Maßnahmen sind zu dokumentieren; dabei werden festgehalten: 1. die Gründe für ihre Anordnung, 2. ihr Zwangscharakter, 3. die Art und Weise ihrer Durchführung, 4. die vorgenommenen Kontrollen, 5. die ärztliche Überwachung der Wirksamkeit, 6. die Aufklärung nach Abs. 2 Nr. 1 und der Versuch, die Zustimmung des Gefangenen zu erhalten, nach Abs. 2 Nr. 2, 7. Erklärungen des oder der Gefangenen, die im Zusammenhang mit Zwangsmaßnahmen von Bedeutung sein können. (4) 1Die Anordnung der Maßnahme ist vor ihrer Durchführung schriftlich bekannt zu geben 1. dem oder der Gefangenen und 2. einem Betreuer oder einem Bevollmächtigten im Sinn des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB; soweit eine solche Person nicht bekannt ist, regt die Justizvollzugsanstalt unverzüglich die Bestellung eines Betreuers bei Gericht an. 2Die Bekanntgabe ist mit der Belehrung zu verbinden, dass gegen die Anordnung bei Gericht um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht und Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt werden kann. 3Die Maßnahme darf erst dann vollzogen werden, wenn der oder die Gefangene und eine Person nach Satz 1 Nr. 2 die Gelegenheit hatten, eine gerichtliche Entscheidung erbeizuführen. (5) 1Bei Gefahr in Verzug kann von

leis são aplicadas de modo paralelo<sup>1137</sup>. Sem embargo, sujeitar-se-á ao prévio exame do Tribunal, do Ministério Público e do Defensor, salvo nos casos de perigo iminente, obviamente.

Em se tratando de doenças contagiosas, por outro lado, deve prevalecer o interesse da saúde coletiva. De todo modo, face a resistência do arguido, pensamos que caberia ao juiz, depois de ouvir as partes, equacionar a questão.

Por exemplo, na Itália qualquer *perizia coativa*, sujeita-se à reserva do juiz (art. 224-bis, *comma* 2). Uma medida coativa no campo da saúde, não deixa de ter o mesmo grau de proteção aos direitos fundamentais do preso preventivamente, àquela que diz respeito a uma perícia forçada. No caso português, no mesmo sentido, qualquer exame sem o consentimento do arguido, depende de decisão judicial (art. 172º, n.º 1, CPP).

Demais disso, subsistem deveres que decorrem da condição de arguido. Por conta do art. 61º, do CPP, sujeita-se a medida de coação imposta, bem como à diligências inerentes ao processo penal. Em síntese, deveres que dizem respeito sobretudo à organização e disciplina da unidade, razão pela qual poderá se sujeitar às medidas disciplinares impostas pelos responsáveis da respectiva unidade.

Nesse sentido, o art. 28, da *BayUVollzG*, em sintonia com o §119 StPO, prevê a imposição de medidas disciplinares quando o preso preventivo descumprir regras do Código ou da própria Lei de Execução da Prisão Preventiva<sup>1138</sup>.

---

*den Vorgaben gemäß Abs. 2 Nr. 1, 2, Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 abgewichen werden. 2Unterbliebene Mitteilungen nach Abs. 2 Nr. 1 sowie Abs. 4 Satz 1 sind unverzüglich nachzuholen. (6) Die zwangsweise körperliche Untersuchung zum Gesundheitsschutz und zur Hygiene ist über die Abs. 1 bis 5 hinaus zulässig, wenn sie nicht mit einem körperlichen Eingriff verbunden ist.*

<sup>1137</sup> SARAH, Siepmann; *Die Entwicklung einer gesetzlichen Basis für das Recht der Untersuchungshaft auf Bundes und auf Landesebene (Das BayUVollzG)*, p. 367.

<sup>1138</sup> Art. 28 Disziplinarmaßnahmen.

*(1) Verstoßen Untersuchungsgefangene schuldhaft gegen verfahrenssichernde Beschränkungen nach § 119 Abs. 1 StPO oder gegen Pflichten, die ihnen durch dieses Gesetz oder auf Grund dieses Gesetzes auferlegt sind, können gegen sie Disziplinarmaßnahmen angeordnet werden. 2 Art. 109 Abs. 2 und 3, Art. 110, 111 Abs. 1, 2 und 4 sowie Art. 112 bis 114 BayStVollzG gelten entsprechend. 3 Art. 111 Abs. 5 BayStVollzG gilt entsprechend mit der Maßgabe, dass die Befugnisse aus Art. 11 bis 14 ruhen, soweit nichts anderes angeordnet wird.*

*(2) Durch die Anordnung und den Vollzug einer Disziplinarmaßnahme dürfen die Verteidigung und die Verhandlungsfähigkeit der Untersuchungsgefangenen nicht beeinträchtigt werden. 2Die Verteidigung ist von der Anordnung einer Disziplinarmaßnahme unverzüglich zu unterrichten. 3Eine Disziplinarmaßnahme kann ganz oder zum Teil auch während einer der Untersuchungshaft unmittelbar nachfolgenden Untersuchungshaft, Strafhaft oder Sicherungsverwahrung oder einem unmittelbar nachfolgenden Strafarrrest vollzogen werden.*

## 12. Os deveres do Estado

É claro que o Estado tem por meta promover o bem-estar da comunidade que supõe segurança às pessoas. Porém, não se combate a criminalidade com prisão preventiva.

O “crime” se combate sobretudo com a redução das suas causas, com a diminuição da pobreza, com a redução do desemprego, com a elevação dos níveis da educação, com o desenvolvimento econômico e com a diminuição das desigualdades sociais<sup>1139</sup>. Decerto, haverão crimes, porquanto inerente à natureza humana, porém devem ocorrer em níveis muito menores, para a consecução de uma ordenada vida comunitária.

Mario Valiante, na perspectiva de um processo penal à vista a pessoa humana, considera que a prevenção da criminalidade deve contar com uma *educazione alla libertà*, muito embora não imediata, porém muito mais vasta e eficaz<sup>1140</sup>. Em resumo, por meio de um programa que promova em todos os cidadãos a responsabilidade e a sensibilidade.

Os valores morais, muito embora ignorados, situam-se no centro de toda a problemática. Nesse sentido, escreve Mario Valiante que a liberdade seria usada sem o cuidado necessário com a igual liberdade do outro<sup>1141</sup>.

Por isso mesmo, concordamos integralmente com a observação de Rui Pinheiro e Artur Mauricio, segundo os quais “sustentamos igualmente o princípio de que a luta contra

---

<sup>1139</sup> Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda; *Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos*. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Org. Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

<sup>1140</sup> Ob. cit., p. 47.

<sup>1141</sup> Embora escritas há muito tempo, concordamos *in totum* com as seguintes considerações de Mario Valiante: “Da tutto ciò consegue – accanto al progresso della democrazia, allo sviluppo della economia, all’aumento della sicurezza sociale – una preoccupante e pericolosa diminuzione della dimensione umana, una progressiva squalificazioeno dell’individuo. C’è, purtroppo, un contesto socieal, che si fa sempre più largo, di diseducati, privi di ideli veri, suggestionati dal sesso, dal danaro, dalla violenza, desiderosi del successo ad ogni costo, che non hanno alcun riguardo per gli altri, che giungono fino al disprezzo della vita e al rifiuto di ogni valore morale. È in questo sottofondo che si sviluppano l’egoismo e la insoddisfazione e l’angoscia dell’uomo di oggi, ma anche la criminalità. Se non si provvede a una decisiva bonifica morale, tutti i provvedimenti avranno l’efficacia di una cura sintomatica, e nulla più. Occorre rivalutare i valori morali come guida ineliminabile di una società che voglia essere veramente civile; occorre riguardare all’uomo come essere cui tutto il resto è finalizzato, ma che ha a sua volta un fine spirituale e dei doveri individuali e sociali; occorre ripristinare il senso e l’impegno della solidarietà sociale e dell’amore, tra gli individui e tra i popoli. E questo compete a tutti coloro che hanno responsabilità a qualsiasi livello, nella comunità organizzata” (*Il nuovo processo penale. Principi Fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 1975, p. 47-48).

a criminalidade se deverá basear essencialmente no ataque às condições sociais que originam a fazer desenvolver”<sup>1142</sup>.

Em seu manual sobre direitos humanos e a prisão preventiva, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, chama a atenção para as pessoas colocadas nesta situação são em muitos países “aquelas que estão sujeitas às piores condições de reclusão no conjunto do sistema penitenciário nacional”<sup>1143</sup>.

Por isso mesmo, compete ao Estado organizar uma normativa de proteção à pessoa sujeita à prisão preventiva<sup>1144</sup>, para tentar minimizar os riscos causados à subtração da liberdade de quem é inocente, enquanto não sobrevir uma sentença condenatória.

Lembra Tonini que nos termos do art. 14, *comm.* 3, Ord. Penitenziario Italiano, o arguido sob prisão deve está separado dos condenados. Porém, «*la mancata costruzione di carceri in misura adeguata, al meno pari alle necessità che si manifestano negli altri paesi dell’Unione europea, fa si che in pratica ques’ultima norma non venga mai rispettata*»<sup>1145</sup>.

Essa questão do espaço onde deve ser executada a prisão preventiva, revela-se da maior importância, na medida em que, na hipótese do custodiado permanecer em uma mesma unidade prisional ou com características semelhantes a um presídio, representará uma violação ao princípio da presunção de inocência. Caso contrário, Francesco Carnelutti seguirá com razão quando divisa essa garantia como um esforço legítimo dos seus construtores, porém distinta da realidade.

O Manual da ONU identifica os seguintes problemas relacionados à prisão preventiva: a) superlotação; b) condições inapropriadas; c) duração da prisão; d) situação jurídica das pessoas<sup>1146</sup>.

Por diminuir tais problemas, caberia rever inicialmente os parâmetros normativos que se aplicam, começar pelo espírito normativo da execução da prisão preventiva. Por exemplo, o § 1º, n.º 2 da Lei de Execução da Prisão Preventiva de Baden-Württemberg de 2009 na Alemanha (*Zweites Buch Justizvollzugsgesetzbuch – Untersuchungshaftvollzug*),

---

<sup>1142</sup> Idem, p. 99.

<sup>1143</sup> Idem, p. 6.

<sup>1144</sup> Cf. MURDOCH, Jim; *Le traitement des détenus. Critères européens*. Strasbourg: Editions du Conseil de l’Europe, 2007, p. 22.

<sup>1145</sup> *Manuale di Procedura Penale*, ob. cit., p. 437.

<sup>1146</sup> Idem, p. 7-8.



dispõe que deve ser proporcionado, tanto quanto possível, a pessoa em prisão preventiva, as condições gerais de vida<sup>1147</sup>.

O § 2º do *BWJVollzGB II*, nesse sentido, para dissipar qualquer dúvida concernente ao *status* jurídico do arguido sujeito à prisão preventiva, consigna que *Untersuchungsgefangene gelten als unschuldig*, ou seja, o preso preventivo deve ser considerado como inocente<sup>1148</sup>.

É, portanto, obrigação do Estado promover o desenvolvimento da sociedade, de modo que a criminalidade se reduza de maneira natural, pois parte expressiva dos crimes resultam das baixas condições sociais e desigualdade de oportunidade. Salvo, obviamente, os crimes praticados por grandes organizações criminosas, cujo *leitmotiv* consiste sobretudo no enriquecimento ilícito.

---

<sup>1147</sup> § 1 *Gestaltung des Vollzugs* (1) *Die Untersuchungsgefangenen sind unter Achtung ihrer Grund- und Menschenrechte zu behandeln. Niemand darf unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung unterworfen werden.* (2) *Das Leben im Untersuchungshaftvollzug soll den allgemeinen Lebensverhältnissen soweit wie möglich angeglichen werden.* (3) *Schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs ist entgegenzuwirken. Die Untersuchungsgefangenen sind vor Übergriffen zu schützen. Die Justizvollzugsanstalten bieten den Untersuchungsgefangenen Hilfen zur Verbesserung ihrer sozialen Situation an, soweit dies die besonderen Bedingungen der Untersuchungshaft zulassen.* (4) *Bei der Gestaltung des Vollzugs und bei allen Einzelmaßnahmen werden die unterschiedlichen Lebenslagen und Bedürfnisse der weiblichen und männlichen Untersuchungsgefangenen berücksichtigt.*

<sup>1148</sup> Disponível em: <http://www.landesrecht-bw.de/jportal/portal/page/bsbawueprod.psml>. Acesso em 22-01-2019.

**PARTE III – O ENQUADRAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA PRISÃO  
PREVENTIVA NO BRASIL**

*A suspeita é a justiça das paixões. O crime é a presunção juris et de jure (de direito e por direito), a presunção contra a qual não se tolera defesa, nas sociedades oprimidas e acovardadas. Nas sociedades, regidas segundo a lei, a presunção universal, é, ao revés, a de inocência (Ruy Barbosa)*

## **CAPÍTULO I – O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Diferentemente de Portugal, que promulgou um novo CPP depois da CRP de 1976, o Brasil não conseguiu aprovar ainda um novo Código à luz dos princípios contidos na CF de 1988, muito menos com as regras jurídico-processuais-penais da CADH de 1969<sup>1149</sup> que prevêm um conjunto de princípios básicos em relação ao processo penal para a América Latina<sup>1150</sup>.

Contudo, isso não implica dizer que o método de compatibilização legislativa constitucional dependa exclusivamente de um novo Código, pois há países como Espanha e Alemanha, que reformaram suas regras processuais penais por meio de leis pontuais no curso das décadas, nada obstante as diversas vicissitudes históricas, quer políticas, quer sociais, pelas quais suas respectivas sociedades passaram.

Nesse sentido, basta indicar o StPO da Alemanha (*Strafprozessordnung*) que data de 1877, porém submetido a diversas mudanças legislativas sob a égide da Lei

---

<sup>1149</sup> Sobre a pertinência da conexão entre a Constituição regente e o Código de Processo Penal, ver Mario Valiante (*Il nuovo processo penal. Principi Fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 1975, p. 24).

<sup>1150</sup> Sobre uma visão comparada da prisão preventiva na América Latina, cf. KIRCHHOFER, Sandra; *Die Untersuchungshaft in Südamerika. Eine rechtsvergleichende Analyse*. Wiesbaden: Spriger, 2017.

Fundamental de 1951 (*Grundgesetz*)<sup>1151</sup>, como a Lei de 19 de dezembro de 1964 (*Gesetz Zur Aenderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes – SEPÄG*).

Sucedo que o Brasil, marcado historicamente por regimes de exceção, possui uma cultura prisional<sup>1152</sup> que persiste em ver na segregação o único método para efetivar o direito penal material, sem embargo de que os únicos dois códigos da história brasileira, tanto o de 1832, quanto o de 1941, não surgiram dentro de um governo democrático. Esse no Estado Novo, aquele no Brasil Império.

Não se ignore, entretanto, que por trás de um novo Código, consoante observação de Miguel Reale<sup>1153</sup>, há um espírito novo e novos princípios que servem para instituir

---

<sup>1151</sup> Cf. PETERS, Karl; *Strafprozeß. Ein Lehrbuch*. Heilderber: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1985, p. 80; BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*. 10., Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, p. 1; TIEDEMAN, Klaus; *ob. cit.*, p. 133. Para consultar a evolução normativa do StPO, ver introdução de Claus Roxin (in *Strafprozessordnung*, 53 Auflage, München, C.H. Beck, 2017).

<sup>1152</sup> Com bem escreveu Walter Nunes da Silva Júnior: “Portanto, na expressa maioria dos casos de prisão processual – prisão preventiva obrigatória, prisão decorrente da sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia – , a restrição do direito de liberdade era compulsória, não havendo necessidade de o juiz, sequer, expor os motivos de sua determinação. A prisão no curso do processo era tão comum no sistema da legislação criminal de acordo com redação originária do CPP, que a liberdade provisória era vista por Frederico como espécie de medida cautelar em prol do réu. Ele via liberdade provisória como uma medida de contracautela admissível apenas ‘... para evitar danos ao status libertatis, em caso de prisão cautelar’. A regra, assim, era que, quanto aos crimes mais graves previstos na legislação como inafiançáveis, em razão de medida acautelatória/de segurança em presunção *juris et de jure*, o acusado respondia, por força da lei, o processo encarcerado. Tinha mais, porém. O Código de Processo Penal de 1941, a despeito de ter disciplinado a prisão administrativa, que, conforme ensinava Câmara Leal, era ‘imposta em verdade em virtude de lei civil ou administrativa e pela autoridade civil ou administrativa’. Para completar a obra, ainda havia dispositivo no sentido de que, caso o acusado estivesse preso, mesmo sendo a sentença absolutória, a interposição do recurso pelo Ministério Público tinha o condão de suspender os seus efeitos, de modo que ele permanecia encarcerado (art. 596, *caput* e parágrafo único). A regência da matéria era tão rigorosa que, ao longo do tempo, várias intervenções legislativas tópicas promoveram profunda modificação no sistema prisional do CPP. Conquanto a Constituição de 1967, assim como a Carta de 1937, também fosse ditatorial, durante a sua vigência implementou-se substancial reestruturação de todo o sistema prisional na órbita do processo criminal. A guinada na orientação política teve início por obra da Lei n.º 5.349, de 3 de novembro de 1967, que modificou todo o Capítulo II do Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, merecendo destaque especial a revogação da inaceitável prisão preventiva obrigatória” (*Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais* (prisão e medidas diversas da prisão). 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 405-406).

<sup>1153</sup> Dizia à época Miguel Reale, “o que importa numa codificação é o seu espírito; é um conjunto de ideias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam. Em nosso projeto não prevalece a crença na plenitude hermética do Direito Positivo, sendo reconhecida a imprescindível eticidade do ordenamento. O código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exigem a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as consequências da cláusula *rebus sic stantibus*” (Cf. REALE, Miguel; *As Diretrizes Fundamentais do Projeto do Código Civil. Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*. Série Cadernos do CEJ. Volume 20. CEF: Brasília, 2002).

novos paradigmas, portanto um conjunto de novas ideias essenciais à construção de uma nova cultura.

Essa a razão, por exemplo, do novo CPP português de 1987 que, somado às novas mudanças constitucionais do pós 25 de Abril, buscou introduzir princípios orientados à solução das mais complexas questões processuais<sup>1154</sup>, mas segundo as diretrizes de um Estado de Direito democrático. Por isso, tem-se a necessidade, no caso brasileiro, de um novo Código sob a orientação da Constituição de 1988 e das normativas internacionais, especialmente da CADH de 1969, até porque a tensão entre o cidadão e o poder do Estado indica um problema jurídico-constitucional<sup>1155</sup>.

---

<sup>1154</sup> De acordo com a apresentação do CPP português de 1987: “1. A urgência de uma revisão sistemática e global do ordenamento processual penal constitui um dos tópicos mais consensuais da experiência jurídica contemporânea. Reclamada pelos cultores da doutrina processual penal, ansiosamente aguardada pelos práticos do direito, a reforma do processo penal tem também persistido como um compromisso invariavelmente inscrito nos programas dos sucessivos governos constitucionais. Igualmente pacífica é hoje a convicção de que só uma nova codificação do direito processual penal poderá representar o início de uma resposta consistente aos múltiplos e ingentes desafios que neste domínio se colocam à sociedade portuguesa. Na verdade, de uma qualquer tentativa de revisão parcial da codificação ainda vigente mais não poderia esperar-se que o aumento da complexidade e a multiplicação das aporias, tanto no plano teórico como no da aplicação da lei. Iniciado em 1929, o ciclo de vigência do Código de Processo Penal anterior caracterizou-se por uma produção praticamente ininterrupta de novos diplomas legais em matéria de processo penal: umas vezes com o propósito de sancionar inovações a inscrever no próprio texto codificado, outras a engrossar o já incontrolável caudal das leis extravagantes. Tratou-se, além disso, de diplomas projectados em horizontes históricos vários, com diferente densidade ideológica e cultural, e, por isso mesmo, prestando homenagem a distintas concepções do mundo e da vida, do Estado e do cidadão, da comunidade e da pessoa, e portadores de programas político-criminais centrífugos e frequentemente antagónicos. O quadro esboçado agravou-se ainda com as reformas ditadas e introduzidas pelas transformações iniciadas em 25 de Abril de 1974. De tudo resultou um ordenamento processual penal minado por contradições, desfasamentos e disfuncionalidades comprometedores; um ordenamento onde, às dificuldades de identificação, na multidão de regulamentações sobrepostas, do regime concretamente aplicável, se somavam as emergentes da impossibilidade de referenciar um sistema coerente, preordenado à realização de uma teleologia claramente perspectivada e assumida. 2. É dar resposta aos imperativos que relevam deste contexto que se destina o presente Código de Processo Penal. Para mais fácil apreensão do seu espírito e dos seus propósitos, e como forma de mediatizar a sua consensual e generalizada aceitação, importará assinalar alguns dos princípios que deliberadamente foram erigidos em matriz e étimo legitimador das soluções técnicas por que se optou. Como convirá por outro lado, e a título meramente exemplificativo, pôr em relevo algumas destas soluções, muitas delas de cariz inovador. Antes, porém, será oportuno explicitar algumas das coordenadas que definiram o ambiente em que a reforma teve de operar e que condicionaram, por isso, as linhas de equilíbrio e de superação de princípios de projecção muitas vezes antinómica, ditando deste modo, frequentemente, a preferência por uma certa solução técnica entre várias em princípio disponíveis. Distinguir-se-á, para o efeito, entre condicionalismos exógenos e endógenos: os primeiros, derivados da cada vez mais intensa inserção de Portugal nas comunidades e organizações supranacionais e da cada vez mais acentuada sintonia com o ritmo dos grandes movimentos ideológicos, culturais, científicos, político-criminais e jurídicos que permanentemente agitam e renovam o rosto do mundo; os segundos, provenientes da experiência jurídica nacional e das idiossincrasias irrenunciáveis do nosso universo histórico-cultural”.

<sup>1155</sup> TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*. 4., neubearbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2003, p. 118.

Mario Valiante, nessa direção, considera que todo regime político ocupa-se em adequar as leis de um Estado aos seus princípios inspiradores<sup>1156</sup>. Essa adequação, realiza-se de maneira solar na construção de um novo Código, responsável pelas diretrizes gerais que deve nortear um especial campo de regulação.

Na verdade, um Código não é mais uma singela formulação técnico-doutrinária, na medida em que uma construção perfeita poderia se tornar abstrata e inoperante, caso não inserido na realidade do país<sup>1157</sup>. Por isso, Mario Valiante sustentara que «*un codice è, in effetti, la traduzione in organiche norme dei principi – giuridici e metagiuridici – cui si ispira la vita del Paese in un determinato momento della sua storia*»<sup>1158</sup>.

Eis porque seria necessário um novo Código de processo penal brasileiro, no afã de oxigenar a legislação com princípios que enxerguem a persecução criminal concatenada com a preservação dos direitos e garantias individuais.

Por exemplo, os traços desta “cultura da prisão” ainda pode ser visto na Lei n.º 12.403 de 2011. Ela, paradoxalmente, introduziu as medidas cautelares diversas da prisão no CPP de 1941. Contudo, malgrado o desejo (necessidade) de reforma, percebe-se o apego legislativo à prisão, como se fosse o único mecanismo de resposta à problemática da criminalidade, mas que na verdade esconde um costume encarcerador.

É que o Título IX do Livro I, que previa “da prisão e da liberdade provisória”, passou a ser “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”, quando bastaria “das medidas cautelares”, como faz o CPP português, sob a designação “das medidas de coação”<sup>1159</sup>. Para Walter Nunes, “conferiu-se um desnecessário realce ao instituto da prisão

---

<sup>1156</sup> De acordo com Mario Valiante: “In vero, ogni regime politico, appena sufficientemente stabilizzato, si preoccupa di adeguare le leggi dello Stato ai principi cui si ispira. Il regime ha una propria visione della vita associata, e una particolare concezione della persona umana e della funzione dello Stato; di conseguenza, regola i rapporti sociali secondo il suo determinato modo di vedere, e in relazione alle sue prospettive. Proprio per le sue caratteristiche di «novità» rispetto al sistema precedente, il nuovo regime non trova, solitamente, nel vecchio ordinamento norme adeguate alle proprie esigenze. Ciò è vero specialmente riguardo ai codici. Essi, proprio in quanto complessi sistematici di norme regolatrici di rapporti che vivono ed operano nell’attualità di un determinato tempo, necessariamente si ispirano e concretamente si uniformano alle linee fondamentali dell’ordinamento giuridico del Paese, e inoltre alle direttive ideali e politiche del regime che li esprime. Si dice fondatamente che ogni Paese – più esattamente, che ogni regime – ha i «suoi» codici” (*Il nuovo processo penale. Principi Fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 1975, p. 2).

<sup>1157</sup> VALIANTE, Mario; *ob. cit.*, p. 22.

<sup>1158</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>1159</sup> Segundo Walter Nunes, “se a prisão é uma das espécies de medida cautelar, representa, no mínimo, atecnia colocar, na rubrica do Título IX do Livro I, a expressão DA PRISÃO. Bastava, portanto, falar das MEDIDAS CAUTELARES. Da forma como ficou, parece até que a prisão não é uma das modalidades de medida cautelar. (...) Fica claro que, sobre ser desnecessário ter colocado DA PRISÃO, muito menos deveria

como medida cautelar, a indicar ainda um resquício da cultura que se quer desconstruir, denominada cultura da prisão”<sup>1160</sup>.

Fica claro que o legislador brasileiro não conseguiu se desapegar da cultura que insiste em ver a prisão com regra e não como exceção. Parafraseando Luigi Ferrajoli, quando diz que “não a inocência, mas a culpa que se demonstra”<sup>1161</sup>; diríamos que a liberdade se impõe no curso do processo, não a prisão do suspeito.

Sem embargo, o abuso do poder sempre foi um aspecto negativo presente na justiça criminal no Brasil.

Por exemplo, o Decreto de 23 de maio de 1821 do Príncipe regente revela isso, segundo o qual dava *providencias para a garantia da liberdade individual*<sup>1162</sup>. Enquanto

---

esta ter precedido à expressão DAS MEDIDAS CAUTELARES. Ora, aquela, ademais de ser uma das espécies destas, possui caráter subsidiário, só devendo ser imposta quando nenhuma das medidas cautelares diversas se mostrar adequada e suficiente para satisfazer um dos fundamentos do art. 282, I, do CPP” (*Reforma Tópica do processo penal*, p. 409-410).

<sup>1160</sup> *Idem*, p. 409.

<sup>1161</sup> *Ob. cit.*, p. 559.

<sup>1162</sup> “Vendo que nem a Constituição da Monarchia Portugueza, em suas disposições expressas na Ordenação do Reino, nem mesmo a Lei de Reformação da Justiça de 1582, com todos os outros Alvarás, Cartas Régias, e Decretos de Meus Augustos Avós tem podido afirmar de um modo inalteravel, como é de Direito Natural, a segurança das pessoas; e Constando-Me que alguns Governadores, Juizes Criminaes e Magistrados, violando o Sagrado Deposito da Jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbitrio, e antes de culpa formada, pretextando denuncias em segredo, supeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade para impunemente conservar em masmorras, vergados com o peso de ferros, homens que se congreram convidados por os bens, que lhes offerecera a Instituição das Sociedades Civis, o primeiro das quaes é sem duvia a segurança individual; E sendo do Meu primeiro dever, e desempenho de Minha palavra promover o mais austero respeito à Lei, e antecipar quanto ser possa os benefícios de uma Constituição liberal: Hei por bem excitar, por maneira mais eficaz e rigorosa, a observância da sobre mencionada legislação, ampliando-a, e ordenando, como por este Decreto Ordendo, que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz ou Magistrado Criminal do território, excepto somente o caso de flagrante delitcto, em que qualquer do Povo deve prender o delinquente. Ordeno em segundo lugar, que nenhum Juiz ou Magistrado Criminal possa expedir ordem de prisão sem proceder sua culpa formada por inquirição summaria de tres testemunhas duas das quaes jurem constes assim o factio, que em Lei expressa seja declarado culposo, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que o obrigue a prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente. Determino em terceiro lugar que, quando se acharem presos os que assim forem indicados criminosos se lhes faça imediata, e successivamente o processo, que deve findar dentro de 48 horas peremptorias, improrrogáveis, e contadas do momento da prisão, principiando-se, sempre que possa ser, por a confrontação dos réos com as testemunhas que os culpam, e ficando abertas, e publicas todas as provas, que houverem, para assim facilitar os meios de justa defesa, que a ninguem se deve dificultar, ou tolher, exceptuando-se por ora das disposições deste paragrapho os casos, que provados, merecem por as Leis do Reino pena de morte, acerca dos quaes se procederá infalivelmente nos termos dos §§ 1º e 2º do Álvara de 31 de Março de 1742. Ordeno em quarto lugar que, em caso nenhum possa alguém ser lançado em segredo, ou masmorra estreita, escura ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas, e nunca para as adoecer e flagellar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões, e outros quaesquer ferros inventados para martyrisar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena afflictiva por sentença final;

na maioria das nações, o povo se insurgia contra o monarca, no Brasil o regente Pedro I precisou assinar um decreto, de modo a coibir prisões impostas por magistrados sem qualquer base em culpa formada; na maioria delas arbitrárias, pois baseadas em denúncias secretas. Então, passou-se a exigir, ou detenção em flagrante, ou ordem escrita fundamentada com pelo menos três testemunhas, das quais, duas deveriam prestar compromisso, ou seja, obrigadas a dizer a verdade.

Sob a vigência da Constituição de 1824, passou a ser regra constitucional a proibição da prisão sem culpa formada, salvo nos casos legalmente previstos, nos termos do art. 179.

Com o Código de Processo Criminal de 1832, procurou-se limitar mais as hipóteses de prisão sem culpa formada, passando a exigir a presença de indícios de crime. Essa exigência, por seu turno, tornou-se mais clara com o Decreto n.º 2.110 de 1909, quando no art. 27, §2º, reclamava a verificação de “indícios veementes” de autoria para se determinar a prisão preventiva<sup>1163</sup>. No entanto, com o CPP de 1941, a prisão volta a ser a regra<sup>1164</sup>.

Por exemplo, o art. 312, do CPP, na sua redação inicial, previa que “a prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”<sup>1165</sup>. E permaneceu vigente nesses termos até a Lei

---

entendendo-se todavia que os Juizes, Magistrados Criminaes poderão conservar por algum tempo, em casos gravíssimos, incommunicáveis os delinquentes, contando que seja em casas arejadas e commodas, e nunca manietados, ou soffrendo qualquer espécie de tormento. Determino finalmente que a contravenção, legalmente provadas, das disposições do presente Decreto, seja irremissivelmente punida com o perdimento do emprego, e inhabilidade perpetua para qualquer outro, em que haja exercício de jurisdição, o Conde dos Arcos, do Conselho de Sua Magestade, Ministro e Secretario dos Negocios do Reino do Brasil e Estrangeiros, o tenha assim entendido e faça executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em 23 de maio de 1821” (*Coletânea das Leis do Brazil de 1821*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889, p. 89).

<sup>1163</sup> Art. 27. A prisão preventiva é autorizada de acordo com a legislação vigente. §1º Dos crimes afiançáveis quando se apurar no processo que o indiciado: a) é vagabundo sem profissão lícita e domicílio certo; já cumpriu pena de prisão por efeito de sentença proferida pro tribunal competente. §2º Nos crimes inafiançáveis, enquanto não prescreverem, qualquer que seja a época em que se verifiquem indícios vehementes de autoria ou cumplicidade, revogado o §4º do art. 13º da lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871 e §3º do art. 29 do decreto n. 4.824, de 29 de novembro do mesmo ano. Art. 28. A requisição e a concessão do mandato de prisão preventiva serão sempre fundamentadas.

<sup>1164</sup> Cf. PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi; *Prisão Preventiva. A contramão da modernidade*, p. 94.95.

<sup>1165</sup> Seguindo rigorosamente o art. 253 do CPP italiano de 1930 (FRANCO, Ary Azevedo; *Código de Processo Penal. Volume II*. Forense: Rio de Janeiro, 1960, p. 48). De acordo com Franco, “quando se tratar de qualquer dos crimes que enumeramos, provada a sua existência e havendo indícios suficientes de autoria,



n.º 5.349 de 1967. Chama-se de prisão preventiva obrigatória<sup>1166</sup>. O critério era objetivo, quase de natureza penal, porquanto não tutelava o processo, pelo contrário, na prática não passava de antecipação de pena<sup>1167</sup>, no sentido oposto ao princípio da presunção de inocência.

Na mesma senda, havia a prisão que derivava da condenação, ainda que passível de recurso, nos termos do art. 393, inciso I, do CPP<sup>1168</sup>. E ainda – certamente o pior traço desta cultura da prisão – mesmo absolvido, caso houvesse um recurso, o inocente permaneceria preso, caso o crime contivesse pena igual ou superior a oito anos, nos termos do art. 596, do CPP<sup>1169</sup>.

Lembra Scarance Fernandes, que desde a monarquia, passando pelo período republicano, marcado sobretudo pelo CPP de 1941, escrito sobre a influência direta do CPP italiano de 1930, não era regra a liberdade no curso do processo, mas a prisão do suspeito, que respondia a ação penal nesta condição, enquanto não prolatada a sentença absolutória<sup>1170</sup>.

Só no ano 1967, com a Lei n.º 5.349, deixava de existir no Brasil a prisão preventiva obrigatória, ou seja, condicionada exclusivamente ao quantitativo da pena prevista em abstrato no Código Penal. E apenas com a Lei n.º 5.941 de 1973, que deu nova redação ao art. 408, § 2º, do CPP, no caso de sentença condenatória recorrível, seria decretada a prisão somente na hipótese de maus antecedentes ou nos casos de reincidência.

Sem embargo, não se sabe quando o parlamento brasileiro aprovará um novo CPP, malgrado seja discutido um novo diploma desde o ano de 1963, com o anteprojeto Hélio Tornaghi, e mais recentemente debatido na Câmara dos Deputados pelo Projeto de Lei n. 8.045 de 2010.

---

a decretação da prisão preventiva é medida fatal, não ocorrendo o disposto no art. 314 deste Código” (*idem, idibem*). O art. 314 tratava das causas de exclusão de punibilidade.

<sup>1166</sup> Sobre o dispositivo em questão (art. 312), Ary Franco comentava o seguinte: “Até agora, a prisão preventiva se apresentava com caráter facultativo, e a boa jurisprudência era a que entendia que o juiz do processo era o único competente para decidir, apurada a existência do crime e de indícios suficientes de autoria da conveniência da sua decretação” (*Código de Processo Penal*, p. 48).

<sup>1167</sup> Cf. PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi; *Prisão preventiva. A contramão da modernidade*, p. 95.

<sup>1168</sup> Dizia o art. 393, inciso I, do CPP de 1941, na sua redação originária: “São efeitos da sentença condenatória recorrível: I – ser o réu preso ou conservado da prisão, assim as infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar a fiança”.

<sup>1169</sup> Cf. TORNAGHI, Hélio; *Curso de Processo Penal* 2. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 342-343.

<sup>1170</sup> Cf. FERNANDES, Antonio Scarance; *Funções e limites da prisão processual. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 64. Ano 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 240.

Sugerimos, nesse sentido, um enquadramento jurídico-constitucional da prisão preventiva à vista do que prevê a CF de 1988 e a CADH<sup>1171</sup>. Com isso, garantir sua legitimidade e a redução dos desvios finalísticos do instituto. Por exemplo, como meio de coação ilícita à celebração de delações premiadas<sup>1172</sup>.

---

<sup>1171</sup> Cf. MEDINA, Cecilia; *The American Convention on Human Rights. Crucial Rights and their Theory and Practice*. 2nd edition. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2016; cf. ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *The American Convention on Human Rights. Essential Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2017; STEINER, Christian; URIBE, Patricia; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

<sup>1172</sup> Em tom crítico, Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos, *in verbis*: “uma circunstância a se repensar é a prisão com finalidade de colher dado, indício ou prova via colaboração premiada. Além da falta de previsão legal, tal medida esbarra em um problema técnico brutal. Dentre as hipóteses prisionais, não há motivo de prisão processual para realização de acordo de colaboração premiada ou de fornecimento de provas. Inclusive, esse uso prisional está em oposição ao direito de produzir provas contra si mesmo, ao princípio da legalidade e ao direito à liberdade por utilização, além de tudo, imoral do ser humano como meio e não como fim. Inclusive, pode-se pensar na obtenção da delação premiada como item conveniente à instrução criminal. No entanto, é, sem dúvida, caso de abuso de poder e de desvirtuamento da natureza excepcional da prisão preventiva que reduz a liberdade como direito fundamental em nome de uma ponderação estranha com o abstrato direito à segurança. Dito isso, ressalta-se que o réu preso pela conveniência da instrução criminal ou pela garantia da aplicação da lei penal tem sua situação com alguns pontos de compatibilidade com eventual proposta para colaborar e receber o prêmio. Com o entabulamento do acordo, estabelece-se a probabilidade de permanência e não intervenção na prova. O colaborador está, na verdade, fixando-se no território e assegurando sua ajuda na produção da prova – caso venha a ter sucesso neste particular assinalando as exigências do art. 4º da Lei 12.850, de 2013. Então, há o mínimo de compatibilidade entre a prisão preventiva verdadeiramente cautelara e o acordo que não se torna tão desarrazoado. Contudo, essa mesma compatibilidade ínfima não existe quando se trata de prisão preventiva estalecida na ordem pública, especialmente ao se aderir ao senso comum jurisprudencial sobre tal fundamento prisional. Em primeiro lugar, há um problema temporal. A ideia disseminada nos tribunais é de que a ordem pública contém ultratividade, isto é, pode dar ensejo à prisão tempos após seu “fato” gerador, o suposto crime. Diante disso, o acordo se dá com um abalo em curso que continua irradiando sua mácula à ordem pública. Em segundo lugar, o Judiciário (Ministério Público imediatamente e o julgador mediamente), ao fazer o acordo, supõe uma espécie de absorção da ofensa à ordem pública, como se a retirasse do mundo da vida. Se fosse fácil assim conter a mácula à ordem pública, as prisões nacionais não estariam com a quantidade exorbitante de presos provisórios. Em terceiro lugar, eis problemas específicos, visto que a gravidade do delito, a periculosidade do acusado, a perversidade ou a insensibilidade, diferentemente do que parece pensar o Judiciário, não desaparecem com um acordo e com a respectiva soltura do agente. Para aqueles que defendem tais significados de ordem pública, há perenidade nessas condições que se retiram da suposta prática delitiva ou dos limites e pena. E tais caracteres não se modificam, tanto é que dão amparo às prisões que perduram por longo tempo. O mesmo se dá com a hediondez do delito. No tocante à comoção social, clamor público ou credibilidade das instituições, a situação se agrava. Com o estabelecimento de tais vetores para o decreto prisional, observa-se que o Judiciário compreende haver abalo de algum modo à sociedade ou a si próprio. Ao se admitirem tais motivos como fundamentos prisionais, é natural admitir que o mero acordo não implica a dissolução da comoção, do clamor ou a recredibilização dos juízes. Há que se pontuar que a reiteração criminosa pode ser refreada com o acordo de colaboração premiada, posto que o agente é monitorado pelo Estado e por vezes pela sociedade, bem como tem chance de se dissociar de outros membros do grupo delinquente. Logo, é dos sentidos de ordem pública geradores de aprisionamentos o menos incompatível com futura colaboração premiada. Em outro plano de análise sobre a relação entre prisão preventiva e colaboração premiada estão as decisões do Inquérito 3.983 e do Habeas Corpus 138.207, ambos decididos no Supremo Tribunal Federal recentemente. Conforme decisão recente do Tribunal Pleno no Inq 3.983, a celebração de acordo de colaboração premiada não gera automaticamente revogação de prisão preventiva. O descumprimento do acordo de delação premiada não é motivo para prisão preventiva. Decidiu o Supremo

Decerto, os preceitos contidos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil em matéria de direitos humanos são eficazes dentro do ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma supralegal, consoante sedimentada posição do STF, pois em reiterados casos reafirmou sua força normativa superior às regras legais, mas não em relação às regras constitucionais<sup>1173</sup>.

Embora subsista corrente que sustente a equivalência das normas internacionais sobre direitos humanos com as normas de dimensão constitucional, por conta do art. 5º, § 2º, da CF de 1988<sup>1174</sup>, permanece o *status* supralegal das normas contidas na CADH<sup>1175</sup>.

As regras contidas nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, como o Pacto IDCIP de 1966 indicam, por exemplo, o princípio da excepcionalidade, o direito ao recurso, o direito à informação e o direito à indenização (art. 9º), ainda que não expressos na CF. Também a CADH de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) prevê diversas regras concernentes à liberdade e limites à sua restrição<sup>1176</sup>, estabelecendo, com isso, regras à prisão preventiva (art. 7º).

No que concerne à CADH, convém uma observação preliminar importantíssima, diga-se de passagem, para compreender a razão pela qual o Brasil segue ignorando a necessidade de precisar legalmente as hipóteses nas quais cabe prisão preventiva.

---

Tribuna Federal que ‘Inexiste relação necessário entre a celebração e/ou descumprimento de acordo de colaboração premiada e o juízo de adequação de medidas cautelares gravosas. 3. A teor do art. 316, Código de Processo Penal, a imposição de nova prisão preventiva desafia a indicação de base empírica idônea e superveniente à realidade ponderada no momento da anterior revogação da medida prisional’. A razoável posição se assenta na excepcionalidade da prisão preventiva e na imprescindibilidade dos motivos idôneos à constrição da liberdade. Prender ou soltar não é questão de ponderação, interesses ou chances de vitórias. É trato de direito fundamental” (*Prisão preventiva. A contramão da modernidade*, p. 170-172).

<sup>1173</sup> Nesse sentido, decidiu a Corte no RE 466.343 julgado em 3 de dezembro de 2008: “desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o DL 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002)”.

<sup>1174</sup> Cf. NICOLITT, André; *Processo Penal Cautelar. Prisão e Demais Medidas Cautelares*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 83.

<sup>1175</sup> Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; *Curso de Direitos Humanos*, p. 205 e ss; cf. PIOVESAN, Flávia; *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 113 e ss.

<sup>1176</sup> Cf. MEDINA, Cecilia; *The American Convention on Human Rights*, p. 193.

É que o art. 7º, n. 2º, da CADH, que cuida da liberdade e da segurança no sistema interamericano de direitos humanos, dispondo sobre detenção e prisão provisória, não reproduz a mesma regra do art. 5º, da CEDH<sup>1177</sup>.

Na regra europeia, houve a preocupação em consignar as hipóteses em que a prisão poderia ocorrer. De outro modo, a CADH outorgou aos Estados membros, por meio de suas respectivas constituições e leis promulgadas, competência para especificar quais os casos em que a liberdade pessoal poderia ser subtraída<sup>1178</sup>.

Entretanto, isso não significa um poder discricionário, pois nenhuma privação da liberdade pode ser arbitrária, registra Cecilia Medina<sup>1179</sup>. No caso *Chaparro and Lapo vs. Equador*, a Corte ADH decidiu que o Estado não pode prender uma pessoa com o desiderato investigativo. Além disso, decidiu a Corte ADH que uma prisão deve está baseada em evidências circunstanciais suficientes (*Barreto Leiva vs. Venezuela*)<sup>1180</sup>.

Tem-se, portanto, mais um motivo porque se deve organizar e compreender os princípios que tocam à prisão preventiva para pelo menos diminuir seus “desvios de pertinência”.

Destarte, o estudo da prisão preventiva, na perspectiva jurídico-brasileira, mostra-se pertinente também por razões de política criminal. Como dito, há uma cultura prisional<sup>1181</sup> no Brasil – e os números não desmentem isso<sup>1182</sup> – que deve ser

---

<sup>1177</sup> Segundo Thomas Antkowiak e Alejandra Gonza, “(...) This reference to domestic law serves as an alternative to listing permissible scenarios for the deprivation of liberty, as provided by Article 5 of the European Convention” (*The American Convention on Human Rights. Essential Rights*, p. 148).

<sup>1178</sup> Segundo Cecilia Medina: “The reasons for which one can be deprived of liberty or be kept in prison must be established in the Constitution of each State or in laws enacted in accordance with the Constitution, meaning that they will be determined by the State. In the European Convention, states do not have this possibility, as Article 5 thereof establishes exhaustively the reasons for which a person can be detained. Although States may decide the grounds for depriving a person of liberty, their power is not discretionary, because deprivation of liberty may not be arbitrary. To arrest, there must be a reasonable suspicion that the person detained has in one way or another participated in a criminal act. In the case of Chaparro and Lapo, the Court found the suspicion necessary to make an arrest has to be based on specific facts, not ‘mere conjectures or abstract intuitions’. As a consequence, ‘the State should not detain someone to investigate him’. In Barreto Leiva the Court insists that an arrest order must be ‘based on sufficient circumstantial evidence’. In this sense a ‘hold’ – that is, a restriction of physical liberty’ – of any individual whose criminal record ‘[may need] to be known [...] under circumstances that justify this’, as the Argentinian law provides, does not comply with this requirement. The provision allows ‘the police to interfere with the physical liberty of persons in a way is unpredictable and therefore arbitrary’” (*The American Convention on Human Rights*, p. 203).

<sup>1179</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>1180</sup> *Apud* MEDINA, Cecilia; *idem*, p. 204.

<sup>1181</sup> Essa, por sua vez, conexas com uma cultura punitiva. Segundo Gustavo Ávila e Marcel Santos, “o quadro de violação massiva a direitos fundamentais e a falência de políticas públicas são permeados por uma

dramaticamente interrompida, sob pena da manutenção do completo descontrole das unidades prisionais que se tornaram sede das organizações criminosas que mais avançam no país: as facções.

Com a CF de 1988 e com a CADH de 1969 passa a existir um novo regime jurídico processual penal<sup>1183</sup>, por meio do qual o instituto da prisão preventiva deve ser refletido e aplicado, sem embargo das mudanças legislativas que ocorreram no decorrer dos últimos anos, que não foram ainda suficientes para conter o avanço do número de presos preventivos no Brasil.

## 1. Os princípios jurídico-constitucionais<sup>1184</sup>

Roberto Lyra destacava que, “assim como não há pena sem responsabilidade, não há medida de segurança sem periculosidade”<sup>1185</sup>. Mal comparando, podemos dizer que sem risco ao processo penal, não deve subsistir prisão preventiva. Ela, necessariamente, deve ser ordenada, no intuito de garantir a aplicação do processo.

Segundo Hartmann e Schmidt, «*der Zweck der Untersuchungshaft erfordert, und solcher Bestimmungen, die die ordnungsgemäße Durchführung des Strafverfahrens sichern*

---

cultura punitiva por meio da qual é muito mais fácil sustentar, por exemplo, que a pessoa privada de sua liberdade que queima o próprio colchão deve dormir no chão ou, ainda que ‘bandido bom é bandido morto’, do que reconhecer parcela de culpa da sociedade pela deterioração do tecido social. Cultura em que a saída temporária, equivocadamente generalizada por alguns órgãos de imprensa de indulto, é tratada como a causa da insegurança, e não como mecanismo apto a oxigenar o ambiente prisional” (Encarceramento em Massa e Estado de Exceção: o julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental 347. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 2017. N. 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 271).

<sup>1182</sup> Segundo o relatório de 2018 do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), há 726 mil pessoas presas no Brasil, dos quais 290 mil são presos provisórios, o que equivale a 40% da população carcerária (Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em: 30-09-2018). Não por acaso, houve um aumento expressivo das ações das “facções criminosas” dentro das unidades prisionais.

<sup>1183</sup> Nessa direção, Gustavo Henrique Badaró, para o qual “no contexto de funcionamento integrado e complementar das garantias processuais, devem ser incluídas como inerentes ao modelo processual penal brasileiro as garantias constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que, em seu art. 8º, prevê as garantias judiciais” (*Processo Penal*, p. 33-34).

<sup>1184</sup> De acordo com Odone Sanguiné: “Estima-se que no curso de cada ano aproximadamente dez milhões de pessoas estão sendo submetidas à prisão preventiva antes de uma sentença de mérito. No Brasil, segundo dados estatísticos do DEPEN, do Ministério da Justiça, de dezembro de 2012, o percentual de presos provisórios atingiu o número de 41,8% da população carcerária” (Cf. SANGUINÉ, Odone; *Prisão Cautelar. Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

<sup>1185</sup> *A Expressão mais simples do Direito Penal (Introdução e Parte Geral)*. Rio de Janeiro: Faculdades Integradas Estácio de Sá, 1976, p. 203.

*sollen*»<sup>1186</sup>. O problema, portanto, consiste em saber quando se evidencia esse risco processual de natureza cautelar que legitime uma prisão sem culpa definitivamente formada.

Como proposto, o presente estudo tenciona sugerir uma estrutura jurídico-constitucional que ofereça diretrizes à legitimação da prisão preventiva, na tentativa de compatibilizar os objetivos do processo penal concernentes à observância dos direitos individuais da pessoa humana, da busca da verdade por meio da persecução criminal e realização da justiça, com a consequente paz jurídica restaurada por meio de uma sentença penal irrecorrível.

É por isso que Gero Meinen observa que a prisão preventiva situa-se dentro de uma relação de tensão entre a presunção de inocência (*Unschuldsvermutung*) e a persecução criminal (*wirksamer Strafverfolgung*)<sup>1187</sup>. Essa tensão, coloca-se “no ponto mais crítico do difícil equilíbrio entre dois interesses opostos, sobre os quais gira o processo penal: o respeito ao direito de liberdade e a eficácia da repressão aos delitos”<sup>1188</sup>.

Escreve Tourinho Filho, a propósito, que “toda e qualquer prisão decretada antes da condenação é, realmente, medida odiosa, uma vez que somente a sentença, que põe fim ao processo, é a única fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena<sup>1189</sup>”. Em síntese, *nulla poena sine iudicio*<sup>1190</sup>.

Daí porque, deve-se encarar a prisão preventiva, porquanto imposta a um inocente presumido, com a máxima cautela que o instituto requer. O ponto de partida diz respeito à dignidade essencial da pessoa, invariavelmente, relacionada ao respeito à liberdade. Por isso, privar o cidadão de sua liberdade sem uma causa consistente e constitucionalmente legítima, significa um regresso a um passado não democrático.

---

<sup>1186</sup> *Strafprozessrecht. Grundzüge des Strafverfahrens*, p. 220.

<sup>1187</sup> MEINEN, Gero; *Untersuchungshaft*. In: *Handbuch zum Strafverfahren*. Org. Prof. Dr. Miachel Herhmanns und Prof. Dr. Dr. Uwe Scheffler. München: Verlag C.H. Bech München, 2008, p. 326.

<sup>1188</sup> LOPES JR., Aury; *Prisões Cautelares*. Lei n. 12.403/2011. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45.

<sup>1189</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal 3*. 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 544.

<sup>1190</sup> Equivale ao T16 (PE → GI) do Sistema Garantista proposto por Ferrajoli (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, p. 70).

De início, convém pontuar que a Constituição de 1988 traz consigo uma política criminal concatenada com o humanismo<sup>1191</sup>, porquanto o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inc. III, bem como os objetivos concernentes à construção de uma sociedade livre, à erradicação da pobreza e da marginalização, e à promoção de todos sem qualquer discriminação, contidos no respectivo art. 3º, fazem com que o Estado brasileiro subscreva um compromisso com a realização e promoção da pessoa humana.

O art. 5º, da CF de 1988, por exemplo, contém 32 disposições destinadas à proteção das pessoas privadas de liberdade<sup>1192</sup>. É evidente, portanto, o compromisso do Estado com a pessoa humana, resultado esse de uma decisão política de origem constituinte. Em seu seio, há princípios constitucionais que contornam a prisão preventiva.

O primeiro princípio é o da presunção da inocência. No ponto, em sintonia com nossas iniciais considerações, especialmente no sentido de que qualquer suspeito deve ser tratado como inocente. Por isso, uma prisão preventiva não pode, em nenhuma circunstância, tornar-se regra, mas exceção a ser imposta, considerando sobretudo a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

O segundo princípio diz respeito à reserva de juiz. Esse, grosso modo, significa que uma prisão preventiva só pode ser decretada ou mantida por força de uma decisão judicial consistentemente motivada, bem como a detenção, necessária em situações de violência eminente, deve ser imediatamente avaliada por um juiz independente e imparcial, sob pena de invalidação. Sem embargo, para ser convertida em prisão preventiva, ou seja, no curso da persecução criminal, há que ser circunstancialmente motivada.

O terceiro princípio é o da excepcionalidade. Por conta dele, uma prisão preventiva será subsidiária em face de outras possibilidades normativas de proteção aos bens jurídicos e da efetividade processual, de modo que somente quando nenhuma medida cautelar alcançar o resultado processual pretendido, pode-se cogitar a decretação ou manutenção de uma prisão preventiva.

O princípio do contraditório é outro que orienta a prisão preventiva, uma vez que essa só será legítima quando o suspeito ou denunciado puder questionar e se defender da

---

<sup>1191</sup> Cf. BRITTO, Carlos Ayres; *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

<sup>1192</sup> Cf. SANTOS, Marcel Ferreira; ÁVILA, Gustavo Noronha de; Encarceramento em Massa e Estado de Exceção: o julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental 347. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 2017. N. 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 270.

medida contra ele determinada, sobretudo por conta da sua condição de sujeito processual, ainda que posteriormente à decretação, por obviedade das situações emergenciais.

O princípio da proporcionalidade<sup>1193</sup> é central para a justa medida da prisão preventiva. É que a decisão judicial que a impõe deve considerar a natureza do crime, bem como a correspondente sanção penal prevista em abstrato, de maneira a impedir a distância entre a pena prevista caso condenado e a privação cautelar da liberdade. Além disso, há que considerar a pena em perspectiva, para respeitar a respectiva relação de proporção entre a medida cautelar e a prognose da sanção.

Esses princípios são imprescindíveis à legitimação constitucional da prisão preventiva. Sob o pretexto de combate à impunidade no Brasil, ela não pode ser usada com base na prevenção geral do direito penal substantivo, muito menos como meio de pressão à colaboração premiada. Decerto, a prisão preventiva só terá enquadramento jurídico-constitucional quando servir exclusivamente aos objetivos processuais penais de natureza cautelar.

Richard Vogler e Shahrzad Fouladvand consideram que a prisão preventiva, como a detenção, correspondem aos aspectos mais perigosos e frequentes de abusos no processo criminal<sup>1194</sup>. Por isso mesmo, não custa em reiteradas vezes consignar que seu emprego deve se pautar por princípios, sem os quais seu uso se consubstanciará em discricionariedade irregrada no combate à criminalidade, cujos resultados sem sempre são satisfatórios, porém de irreparáveis consequências à preservação dos direitos humanos.

Em verdade, o discurso da impunidade, por si só, não se sustenta para basear a explosão de criminalidade<sup>1195</sup>. Em termos proporcionais, o Brasil tem hoje uma das maiores populações carcerárias do mundo. Então, não é pelo discurso da impunidade que

---

<sup>1193</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade do direito constitucional brasileiro, cf. BONAVIDES, Paulo; *Curso de Direito Constitucional*, p. 392.

<sup>1194</sup> Segundo Richard Vogler e Shahrzad Fouladvand, “arrest and pre-trial detention represent two of the most dangerous and widely abused aspects of the criminal justice process. The both embody threats to the right to liberty, which is central to international human rights jurisprudence, but their modalities and the state to exercise authority over individuals in the interests of the forensic investigation of crime, whereas pre-trial detention, in theory at least, is directed towards the integrity of the trial process itself” (Standards for making factual determinations in arrest and pre-trial detention: a comparative analysis of law and practice. *Comparative Criminal Procedure*. Edited by Jacqueline R. Ross and Stephen C. Thaman. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 191)

<sup>1195</sup> Como crítica ao discurso da impunidade, cf. GRECO, Luís; *Por que inexistem deveres absolutos de punir*. In: *Direito Penal e Processual Penal Contemporâneos*. Org. Eugênio Pacelli, Nefi Cordeiro e Sebastião Reis Júnior. São Paulo: Atlas, 2019.



se pode sustentar o excesso de prisão preventiva. Por outro lado, o uso dela se torna inevitável para proteger uma possível reiteração criminosa revelada em circunstâncias objetivas e subjetivas, de modo a prevenir uma ofensa ao bem jurídico protegido, sobretudo quando se trata da integridade da vítima ou da coletividade, cada vez mais sujeitas aos perigos que crescem sem parar na sociedade brasileira; por causa de diversas razões, mas especialmente em função da desigualdade social que impera no Brasil, não obstante os séculos de história e desenvolvimento.

Nessa senda, cumpre destacar que a prisão preventiva não pode, em nenhuma hipótese, servir como instrumento de coação à produção de provas. Numa palavra, serve para preservar, não para produzir provas.

Como dito, por mais que seja uma medida processual de natureza cautelar, não deixa de trazer consigo uma “nota punitiva”, pois mesmo colocado em uma prisão específica, o investigado ou réu sofrem o peso da restrição da liberdade pessoal.

Daí, como no passado, onde os instrumentos de tortura serviam para extrair do réu a confissão (prova essa incompatível com o presente Estado de Direito democrático), não será surpresa imaginar que a prisão preventiva seja usada indevidamente como meio de coação à obtenção de uma confissão ou mesmo uma colaboração com a investigação, sob a promessa de uma recompensa processual, como a redução da pena ou um perdão pelos crimes cometidos, como uma espécie de *plea bargain* mascarado.

Nesse particular, Alberto Zacharias Toron teceu consideráveis críticas aos processos criminais conduzidos no bojo da intitulada “Operação Lava Jato”<sup>1196</sup> no Brasil<sup>1197</sup>. Para ele, as prisões preventivas, dado a sua prolongada duração, estimularam a realização da “delação premiada”<sup>1198</sup>. Em verdade, percebeu-se que as prisões cautelares só permaneciam de pé enquanto o réu não celebrasse a “colaboração premiada”, instituto esse

---

<sup>1196</sup> Por outro lado, sob uma visão positiva da operação Lava Jato e dos seus métodos processuais, cf. DA SILVA, Gabriel González; Consideraciones sobre la operación ‘Lava Jato’, prisión preventiva e ‘impeachment’ em el Brasil. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires: La Ley. Año VI. N.º 05. Junho 2016.

<sup>1197</sup> Com dureza, dispara Toron: “Diga-se o que disser, mas o desvirtuamento desmesurado, descarado e despidorado do instituto da prisão preventiva violenta a garantia da presunção de inocência e, também, a regra matriz da nossa República, a dignidade da pessoa. Se for para, daqui para frente, seguir-se o modelo da prisão preventiva para falar e delatar, o processo penal, a rigor, se converterá num instrumento de força, deixará de ser uma conquista civilizatória e passará, pesa dizê-lo, a desempenhar o mesmo papel de o mesmo papel de legitimador do Estado de Polícia” (O direito de defesa na Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 24. Vol. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 27).

<sup>1198</sup> *Idem*, p. 20.

de duvidosa constitucionalidade em nosso sentir<sup>1199</sup>, a despeito da posição do STF<sup>1200</sup>. Esse cárcere processual prologando, decerto, subtrai a voluntariedade esperada do colaborador, sem a qual a prova padecerá de nulidade<sup>1201</sup>.

Não cabe neste momento uma digressão mais acentuada sobre o instituto da colaboração premiada, porém se registre que há vozes, como as consignadas por Gomes Canotilho e Nuno Brandão, que advogam ser “altamente problemática a compatibilização desde meio de obtenção de prova com o cânone do Estado de direito e os princípios

---

<sup>1199</sup> Para Gomes Canotilho e Nuno Brandão, o instituto da colaboração premiada brasileiro pautada na Lei n. 12.850 de 2013, padece de constitucionalidade, *in verbis*: “Aqui chegados, temos como seguro que os acordos de colaboração premiada analisados e os actos homologatórios que sobre eles incidiram padecem de tantas e tão ostensivas ilegalidades e inconstitucionalidades que de forma alguma pode admitir-se o uso e a valoração de meios de prova através deles conseguidos. Estamos em crer que os apctos de colaboração aqui considerados emergem mesmo como exemplos paradigmáticos de métodos proibidos de obtenção de prova no âmbito da delação premiada. Por isso que, logo à cabeça, caem sob a directa e imediata sanção constante do inciso LVI do art. 5º da Constituição Brasileira: ‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’. A proibição de valoração inerente a esta autêntica proibição de prova que envolve os referidos termos de colaboração premiada colhe ainda assento no caput do art. 157 Código de Processo Penal brasileiro, segundo o qual ‘são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais’. Funda-se esta proibição de valoração, essencialmente, na obtenção de meios probatórios – maxime, de declarações auto e hetero-incriminatórias dos réus colaboradores – através de uma colaboração recebida a troco da promessa da concessão de vantagens penais e processuais penais que, à face da Lei 12.850/2013, não podem ser concedidas. O engodo do réu com promessas falsas é um método que, pelo seu carácter enganoso, merece, há séculos! A censura das leis e dos cultores das ciências penais. Para não ir mais longe, já no antigo direito português, Pascoal de Melo Freire advertia os juízes, quanto ao ‘modo como se deve inquirir o réu’, que ‘não se deve usar persuasões dolosas e promessas de impunidade ou de pena branda’. Uma doutrina à época também veiculada por Pereira e Sousa, ao recomendar que ‘deve evitar-se a sugestão, e não deve usar-se de dolosas persuasões; e falsas promessas’. Como não poderia deixar de ser, esta proibição de falsas promessas ao réu para, por via delas, levá-lo a colaborar como o processo é ainda hoje acolhida, implícita ou mesmo expressamente, pela generalidade das legislações processuais dos Estados orientados pela matriz do princípio do Estado de direito. É o caso, por exmplo, do Código de Processo Penal português, cujo art. 126º, n. 2, alínea e) – em concretização do art. 32º, n. 8, da Constituição protuguesa - qualifica como ofensivas da integridade física ou moral das pessoas, e como tal proibidas, as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante promessa de vantagem legalmente inadmissível. Pr ovas que assim são taxadas como absolutamente nulas, não podendo ser usadas” (GOMES CANOTILHO, J.J.; BRANDÃO; Nuno; Colaboração Premiada: Reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 25. vol. 133. julho de 2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 164-165).

<sup>1200</sup> Sobre a validade constitucional do instituto da “colaboração premiada” cf. HC 127.483/PR, julgado em 25.08.2015.

<sup>1201</sup> Segundo Alberto Toron, comentando sobre as “prisões preventivas a granel”, escreve que: “Num *habeas corpus* impetrado perante o TRF o Parecer da Procuradoria Regional do TRF da 4ª Região, sem o menor pudor, disse que a prisão preventiva: ‘Tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais, o que poderá acontecer neste caso, a exemplo de outros tantos’. As decisões que impuseram as preventivas, independentemente da qualidade ou procedência dos seus fundamentos, tinham a sintomática característica de não subsistirem assim que o preso fizesse delação premiada. Os fundamentos, de repente, viraram pó. Isso, sem muitas digressões, mostra o verdadeiro sentido instrumental delas” (*ob. cit.*, p. 22).

constitucionais – penais e processuais penais, mas não só – que dele se projectam ou gravitam na sua órbita”<sup>1202</sup>.

Por isso mesmo, mostra-se necessário traçar um roteiro jurídico-constitucional baseado na Constituição de 1988, bem como nos Tratados Internacionais, nomeadamente na Convenção ADH de 1969, para que a prisão preventiva não perca seu desiderato de medida processual penal de natureza cautelar.

## 2. O princípio da presunção de inocência

Embora já estudado nos capítulos anteriores, cumpre reiterar suas ideais principais, considerando a perspectiva normativa, doutrinária e jurisprudencial brasileira e latinoamericana à vista do sistema americano de direitos humanos.

O princípio do estado de inocência é a chave mestra do regime jurídico-constitucional da prisão preventiva. No ponto, seguimos a corrente subscrita por Tourinho Filho<sup>1203</sup> e Guilherme Nucci no Brasil<sup>1204</sup> e por Clariá Olmedo na Argentina<sup>1205</sup>, no sentido

---

<sup>1202</sup> Segundo Gomes Canotilho e Nuno Brandão, “uma eventual admissibilidade constitucional de princípio da institucionalização legal da colaboração premiada, como aquela que tem vindo a ser sufragada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, não pode desconsiderar os perigos constitucionais que lhe vão necessariamente colados à pele. De modo que, a ser afirmada tal admissibilidade, só poderá sê-lo como uma solução excepcional para fazer face a problemas criminais excepcionais, pela sua gravidade e complexidade de investigação, e estritamente subordinada a uma exigência de reserva de lei e aos princípios da proibição do excesso e da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais. E deverão ser sujeitas a esse rigoroso crivo de constitucionalidade não apenas as normas legais quando tomadas pelo seu valor facial, isto é, digamos assim, quando ‘lidas’ ao pé da letra, mas também as interpretações normativas adoptadas pelo Ministério Público e/ou pelo juiz nas suas intervenções processuais no âmbito de acordos de colaboração premiada sob invocação de determinada regra legal ou da conjugação de vários preceitos legais” (GOMES CANOTILHO, J.J.; BRANDÃO; Nuno; Colaboração Premiada: Reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 25. vol. 133. julho de 2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 146-147).

<sup>1203</sup> *Processo Penal 1*, p. 61.

<sup>1204</sup> Na pena de Guilherme Nucci, “o enaltecimento do princípio da presunção de inocência não significa, em hipótese alguma, uma afronta à segurança pública, nem aos demais direitos individuais. Quer-se, apenas, assegurar o estado de inocência, natural de cada ser humano ao nascer, até que o Estado, por meio do devido processo legal, demonstre o contrário, sem sombra de dúvida, o que é trazido pelo trânsito em julgado condenatória” (Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade. As antíteses do Estado Democrático de Direito. *Revista dos Tribunais* n. 907/287. abr./2011. São Paulo: RT, 2011, p. 173).

<sup>1205</sup> Para uma melhor compreensão da “formulação do estado de inocência” sustentado por Jorge Clariá Olmedo, faz-me mister transcrever suas lições, *in verbis*: “La condición de ‘penado’ no podrá existir sin una previa y concreta declaración jurisdiccional de responsabilidad penal, contenida en un pronunciamiento firme conclusivo del proceso regular y legal. Tal es la significación lógica del ‘juicio previo a la pena’ que las

de que o correto significado do princípio da presunção de inocência reclama considerar o *estado de inocência* da pessoa humana, que só deixará de existir quando o devido processo penal reconhecer ao cabo e em definitivo a culpa do acusado. Enquanto isso, trata-se de um cidadão inocente, por presunção.

Nas precisas palabras de Clariá Olmedo, «*es un estado que se conserva (se mantiene invariable) hasta que una sentencia firme, conclusiva de un proceso regular y legal, declare la culpabilidad del imputado*»<sup>1206</sup>.

Com essa proposta, mostra-se imperioso considerar que a prisão preventiva só ocorrerá em derradeira hipótese, bem como diante da mais absoluta necessidade, pois um

---

Constituciones provinciales desarrollan con mayor precisión. Se trata del fallo condenatorio, definitivo y firme, que convierte en culpable al sometido a proceso. Antes de ese fallo el imputado gozará de un estado de inocencia, al igual que ocurre con cualquier habitante de la Nación aún no sometido a proceso. Ese estado no se destruye ni con el procesamiento ni con la acusación; tampoco lo destruye la sentencia que no ha obtenido autoridad de cosa juzgada. Esto permite afirmar que el principio de inocencia está previsto expresamente en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En efecto; sin ese 'juicio previo' sintetizado en la sentencia firme que concluye el proceso, nadie puede ser penado porque aún no está declarado culpable; hasta ese pronunciamiento firme permanece en estado de inocente. El principio de inocencia que nos ocupa tiene ya su trayectoria histórica como poderoso baluarte de la libertad individual en función de la seguridad jurídica. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el principio fue formulado como 'presunción' (IX) pero no cabe duda de que es más correcto expresarlo como 'estado', ya sea en su formulación positiva como en la negativa: de inocencia o de no culpabilidad. Es un estado que se conserva (se mantiene invariable) hasta que una sentencia firme, conclusiva de un proceso regular y legal, declare la culpabilidad del imputado. En lo que respecta a la proyección del principio dentro del proceso penal, entre otros aspectos importantes nos permite explicar el alcance meramente procesal de las medidas de coerción que pueden limitar o restringir la libertad del imputado. Esto es, en realidad, lo que más justifica que se hable de 'estado' y no de 'presunción', por ser con respecto a dicho tema donde se han expuesto las más fuertes críticas al principio de 'presunción de inocencia'. Lo cierto es que, en cuanto se lo considere un 'estado', no resulta incompatible con ninguna de las decisiones u órdenes provisionales que se dictan en el proceso, como la detención, el procesamiento, la prisión preventiva, la elevación a juicio, etcétera, ni con la existencia de una acusación. Sin embargo, aunque no la afecten en cuanto se lo considere un 'estado', no resulta incompatible con ninguna de las decisiones u órdenes provisionales que se dictan en el proceso, como la detención, el procesamiento, la prisión preventiva, la elevación a juicio, etcétera, ni con la existencia de una acusación. Sin embargo, aunque no la afecten en cuanto a estado ponen en jaque la idea misma de inocencia. En efecto; se requiere una sospecha contra el imputado en su vinculación con el delito, sea de participación para su llamamiento a indagatoria, sea de culpabilidad para el procesamiento, fundada en elementos de convicción suficientes. Pero esta sospecha, traducida en los hechos como presunción de culpabilidad (de no inocencia), no puede afectar el principio en cuanto se lo entienda objetivamente como un estado jurídico, resistente a toda declaración que no sea de certeza. La 'presunción' de culpabilidad podría conducirnos a sostener la necesidad de que el imputado deba destruirla, y no es así. No lo es porque jurídicamente no existe tal presunción sino simples méritos objetivos de posibilidad que en definitiva sólo pueden concretarse afirmativamente en la sentencia firme, si la sospecha se confirma por la obra de la acusación y de la jurisdicción: no puede imponerse al imputado la prueba de la inocencia o de una menor responsabilidad" (*Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Actualizado por Jorge E. Vásquez Rossi. Buenos Aires: Rubinzal y Asociados, 2008, p. 67-69).

<sup>1206</sup> *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Actualizado por Jorge E. Vásquez Rossi. Buenos Aires: Rubinzal y Asociados, 2008, p. 68.

inocente estará se submetendo a mais grave das medidas cautelares, conquanto não condenado sob o ângulo do devido processo penal.

Por isso mesmo, Basileu Garcia dizia, relativamente à prisão preventiva, que «*não se contesta que a medida implica sério risco de dano irremediável ao direito do inocente à liberdade. Essa constituiu sempre a objeção capital que lhe tem sido oposta*»<sup>1207</sup>.

Desse princípio decorre, conseqüentemente, uma proibição à antecipação da pena por meio da prisão preventiva<sup>1208</sup>. Pois, caso contrário, haveria uma inversão dessa presunção, para uma de culpa. Essa ordem invertida dos sentidos, contudo, não deixa de ocorrer na prática, sobretudo quando chega ao juiz uma notícia de crime comunicada pelos órgãos responsáveis pela persecução.

É comum um “pré juízo” de culpa, pois desde que o Estado passou a monopolizar o *ius puniendi*<sup>1209</sup>, subsiste uma boa-fé em relação às declarações dos órgãos de investigação, de modo que, ao invés de ver o suspeito como inocente presumido, o juiz inclina-se a vê-lo primeiramente como culpado ou quando muito ignora essa condição para impor uma prisão preventiva, sem maiores reservas.

No entanto, como regra de tratamento, a presunção de inocência requer que “embora recaiam sobre o imputado, suspeitas de prática criminosa, no curso do processo, deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo”<sup>1210</sup>.

Porém, quando há elementos de prova inquestionáveis como um vídeo a mostrar quem executou o crime, surge uma questão relacionada à prevalência ou não dessa condição de inocente. De todo modo, como o processo penal é indispensável à formação da culpa, por diversas razões, como a verificação da própria legitimidade da prova, manter-se-á a presunção de inocência, malgrado subsistam provas iniciais *prima facie* insofismáveis.

Então, qualquer estudo concernente à prisão preventiva deve primeiramente considerar o *status* de inocência do suspeito. Segundo Guilherme Nucci «*o estado de inocência é o natural das pessoas humanas, alterá-lo para o de culpado demanda o devido*

---

<sup>1207</sup> *Comentários ao Código de Processo Penal*. Vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, p. 143.

<sup>1208</sup> MONGENOT, Bonfim; *Curso de Processo Penal*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 542.

<sup>1209</sup> FISCHER, Thomas; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, p. 2.

<sup>1210</sup> NICOLETTI, André; *Processo Penal Cautelar. Prisão e demais medidas cautelares*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 49.

*processo legal*»<sup>1211</sup>. Por essa lógica, não há no espaço democrático lugar para punitivismos de qualquer espécie.

No caso brasileiro, há um conjunto de regras que incidem e indicam que uma pessoa só será responsável por um crime depois de um processo penal válido, para tanto, pressupõe o respeito às garantias constitucionais, como o devido processo, o exercício da contraditório, a legitimidade das provas, a revisão das decisões e a duração razoável do procedimento, entre outros direitos individuais, reconhecidos no plano legal e constitucional que consubstanciam um sistema acusatório orientado pelo método dialético<sup>1212</sup>. Em resumo, dentro de um “justo processo”<sup>1213</sup>.

Sem embargo, o princípio da presunção de inocência traduz uma regra que impõe limite à prisão preventiva, principalmente impedir a conversão dessa medida numa antecipação de pena<sup>1214</sup>. Por exemplo, uma prisão preventiva não pode durar mais que a metade da pena prevista em abstrato.

O princípio corresponde a um alicerce de todo o sistema processual penal<sup>1215</sup>. Sem embargo, trabalha na prevenção dos abusos que possam ser cometidos pelo Estado na realização do *jus puniendi*.

Ele passou a ser inserido nas constituições ocidentais depois da revolução liberal do século XVIII, nomeadamente por conta da Revolução Francesa, na forma do art. 9º, da

---

<sup>1211</sup> *Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade. As antíteses do Estado Democrático de Direito*, p. 152.

<sup>1212</sup> Sobre o método dialético na formação da verdade consentida, cf. MOSCARINI, Paolo; DI BITONTO, Maria Lucia; *Introduzione alla Procedura Penale*, p. 10.

<sup>1213</sup> PACELLI, Eugênio; *Curso de Processo Penal*, p. 41.

<sup>1214</sup> O que, de facto, vem ocorrendo no Brasil, por exemplo em relação aos crimes de furto. Em balizado estudo empírico, Fabiana Costa Oliveira Barreto encerra que: “A partir dos dados expostos na tabela 9 pode-se também analisar se há observância ao princípio da finalidade instrumental da prisão provisória. Verifica-se que a média de tempo da prisão cresce gradualmente para os casos de suspensão condicional do processo, pena restritiva de direitos, regime aberto, semi-aberto e fechado. Este fato indica que no momento de decidir sobre o pedido de liberdade provisória, o juiz faz projeção sobre o regime a ser aplicado no caso concreto de forma que o réu com chances de ser condenado aos regimes mais graves dificilmente é liberado antes da sentença condenatória. Esse fato evidencia que a prisão provisória na criminalização do furto antecipa a sanção penal” (*Flagrante e Prisão Provisória em casos de furto. Da presunção de inocência à antecipação da pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 63).

<sup>1215</sup> Expõe nesse sentido Alberto Binder, Ed Cape e Zaza Namoradze, para os quais “o princípio da presunção de inocência não constitui um direito em si mesmo, mas sim a base genérica que permite organizar um sistema processual respeitoso das garantias previstas na CADH. Constitui a base do sistema processual e estabelece o âmbito de atuação e proteção geral do acusado. Esse caráter genérico foi reconhecido pela Corte IDH em várias ocasiões. A Corte IDH tem utilizado esse conceito para vários propósitos já que, por sua generalidade, se converte no conceito regular do sistema” (*Defesa criminal efetiva na América Latina*. São Paulo: ADC/CERJUSC/CONNECTAS, 2016, p. 77).

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que reconhece que todo homem seja presumido inocente, até que seja declarado culpado<sup>1216</sup>.

No mais, segunda essa vertente francesa, caso se entenda indispensável a prisão do suspeito antes disso (ou seja, previamente à confirmação da culpa), todo rigor desnecessário para prendê-lo será severamente reprimido pela lei<sup>1217</sup>. É, portanto, para além de uma regra de juízo, uma nítida cláusula de proteção da pessoa contra o poder do Estado, bem como consigna que haverá uma repressão contra aquele que descumprir o preceito.

No que toca ao princípio, segundo o qual não há pena sem processo prévio, comenta Julio Maier que, relativamente à Constituição porteña, a mesma nasceu desses movimentos constitucionais do século luminista, motivo pelo qual seu art. 18º veda a imposição de uma pena sem uma sentença judicial prévia e definitiva de condenação, porém reconhece a necessidade da prisão preventiva em casos específicos<sup>1218</sup>.

Para Julio Maier, essas regras devem orientar o emprego da prisão preventiva, somado aos princípios que surgiram no curso do pós-guerra que carecem de verdadeira implementação no século XXI<sup>1219</sup>. Em outras palavras, impõe-se considerar o princípio da presunção de inocência, ou seja, levar em conta de maneira concreta que o imputado possui a condição de inocente presumido, razão porque sua prisão preventiva deve ser imposta somente quando necessária, porque não há uma “certeza jurídica” sobre sua culpa na pendência de um processo penal.

Em síntese, essa locução normativa concernente à “presunção de inocência” traz em seu conteúdo duas regras básicas, a primeira, segundo a qual nenhum cidadão está

---

<sup>1216</sup> BOULOC, Bernard; *Procédure pénale*, p. 109.

<sup>1217</sup> “Art. 9º, Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789. Tout homme étant presume innocent jusqu’à ce qu’il ait été décalé coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas, nécessaire pour s’assurer de as personne doit être sevèrement réprimé par la loi”.

<sup>1218</sup> Ob. cit., p. 375.

<sup>1219</sup> Nesse diapasção, pontua Julio Maier: “Nuestra Constitución Ncional, hija de esos movimientos, contiene – a su imagen y semejanza – en un mismo artículo, el 18, las dos reglas, aquella que prohíbe la aplicación de la pena estatal sin sentencia judicial previa y definitiva de condena, y aquella que, sin embargo, abona la necesidad del proceso penal de encarcelar preventivamente em algunos casos. Las reglas jurídicas forjaron allí y em el siglo que le sigue (el siglo XIX) los principios básicos que orientaron la explicación sobre el encarcelamiento preventivo que llega hasta nosotros, a la que se le añadirá outro principio que afirmará el siglo XX, sobre todo después de la gran conflagración europea, luego universalizada y conocida como Segunda Guerra Mundial, principios que aún nos cuesta desarrollar y convertir en realidade em el siglo XXI” (*Derecho Procesal Penal. Tomo III. Parte General. Actos Procesales*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p. 375).

obrigado a produzir prova para demonstrar sua inocência; a segunda no sentido de que somente em circunstâncias necessárias, será permitido medidas restritivas da sua liberdade pessoal<sup>1220</sup>.

Segundo Cecilia Medina, o princípio da presunção de inocência previsto na Convenção ADH (art. 8º, n.º 2) parece significar, de uma só vez, que a pessoa deve ser tratada como inocente enquanto não condenada pelo Tribunal e que só pode ser declarada culpada quando o Estado provar sua culpa de maneira convincente e satisfatória<sup>1221</sup>.

Além disso, a Corte ADH decidiu que por conta desse princípio, uma prisão preventiva não pode ser prolongada, sob pena de configurar uma antecipação de pena, circunstância essa contrária a natureza da prisão preventiva, pois não é uma sanção punitiva, mas uma medida cautelar (caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*)<sup>1222</sup>.

Para Thomas Antkowiak e Alejandra Gonza, o defendido é inocente enquanto não provada sua culpa para além de qualquer dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt*). Essa seria, na sua ótica, o coração do princípio, que também requer do Estado a máxima discricção e prudência no comentário sobre suspeitos ou na abertura de investigações criminais<sup>1223</sup>.

Sem embargo, decidiu a Corte ADH no caso *Argüelles vs. Argentina*, no sentido de que qualquer prisão preventiva deve se limitar a estrita necessidade de garantir que o imputado não impeça o desenvolvimento eficiente da investigação e não resolva se evadir, frustrando, com isso, a consecução dos fins do processo penal<sup>1224</sup>.

O art. 5º, inc. LVII, da CF de 1988, prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Embora sem contar com a expressão “presunção de inocência”, como declara, por exemplo, o art. 32º da CRP de

---

<sup>1220</sup> Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Medidas cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. Coordenação Og Fernandes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 20.

<sup>1221</sup> *The American Convention on Human Rights*, p. 302.

<sup>1222</sup> Cf. IBÁÑEZ RIVAS, Juana María; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, p. 234.

<sup>1223</sup> “To begin, the Tribunal has stressed, ‘the principle of presumption of innocence constitutes a basis for the right to a fair trial’. A defendant is innocent until proven guilty beyond any reasonable doubt. This core principle also requires that State authorities be ‘discreet and prudent’ when commenting on suspects and open criminal investigations” (*The American Convention on Human Rights*, p. 195).

<sup>1224</sup> *Apud* ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *The American Convention on Human Rights*, p. 195.



1976; o art. 14º, n.º 2, do Pacto IDCP<sup>1225</sup> e o art. 2º, da Declaração UDH de 1948, a regra constitucional brasileira condiciona a formação da culpa a uma sentença condenatória definitiva precedida de um processo penal regular. Trata-se, portanto, do princípio da inocência<sup>1226</sup>.

Para Aury Lopes Júnior, não pairam dúvidas de que o princípio da presunção de inocência está expressamente previsto no art. 5º, inc. LVII, da Constituição de 1988. É o princípio reitor e resultado da evolução civilizatória do processo penal<sup>1227</sup>.

Guilherme Nucci, de modo assertivo, escreve que “de acordo com o princípio constitucional do estado de inocência, a prisão provisória é uma exceção e não pode, jamais, tornar-se regra”<sup>1228</sup>.

Gustavo Henrique Badaró, por sua vez, reconhece duas consequências diretas da presunção de inocência para a prisão preventiva, primeiro no sentido dela não ser contrária à CF de 1988 quando possua natureza cautelar, depois no sentido de que qualquer prisão preventiva que constitua execução penal provisória ou antecipada mostra-se incompatível com o princípio<sup>1229</sup>.

Interessante recordar que o “Anteprojeto Afonso Arinos” para a Constituição brasileira de 1988, proposta essa elaborada por uma comissão integrada por representantes de diversos segmentos da sociedade, notadamente em seu art. 43, § 7º, usava de modo expresso o termo “presunção de inocência”. Porém, no curso da constituinte houve uma mudança em sua redação.

Parece-nos que o art. 5º, inc. LVII, da Constituição regente reproduz a regra constitucional italiana que em seu art. 27º declara que *«l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva»*, dando conta da influência do direito constitucional italiano no Brasil<sup>1230</sup>. De todo modo, Vincenzo Garofoli reconhece que esse dispositivo da Constituição italiana constitui o fundamento do princípio da presunção de

---

<sup>1225</sup> “Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”.

<sup>1226</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa; *Processo Penal I*, p. 61.

<sup>1227</sup> *Prisões Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

<sup>1228</sup> Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade. As antíteses do Estado Democrático de Direito, *ob. cit.*, p. 157.

<sup>1229</sup> *Processo Penal*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 950.

<sup>1230</sup> Cf. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. Saraiva: São Paulo, 1991, p. 25.

inocência contido na Declaração UDH de 1948, bem como no Pacto IDCP de 1966<sup>1231</sup>. Então, não há razão para interpretar a regra constitucional brasileira, senão como verdadeira presunção de inocência.

De acordo com Antônio Magalhães, o constituinte de 1988 consagrou de forma expressa no art. 5º, inc. LVII, o princípio da presunção de inocência<sup>1232</sup>. Por seu modo, Valdir Sznick escreve que “a presunção de inocência é uma das grandes conquistas, no campo do direito, visando a proteção do réu (imputado)”<sup>1233</sup>.

Inequivocamente, o art. 5º, inc. LVII, da Constituição de 1988 reconhece o princípio da presunção de inocência. Embora não use a expressão “presunção de inocência”, o conteúdo da regra versa sobre o estado de inocência, pressuposto básico de um Estado Democrático de Direito<sup>1234</sup>.

Para Valdir Sznick há dois efeitos, o primeiro concerne à regra de prova e de juízo, “como baliza a favor do réu na avaliação probatória”; o segundo em favor do suspeito, pois objetiva impedir que “desde logo, seja submetido a medidas cabíveis somente ao condenado”<sup>1235</sup>. Essa segunda, portanto, direcionada ao modo como deve ser tratado o cidadão não condenado, mas sujeito ainda ao processo.

Segundo Gomes Filho, quanto à posição de Carmignani, Garofalo e Enrico Ferri, relativamente à presunção de inocência, sublinhou que tais autores reconheciam o valor político do princípio (presunção de inocência), porém suas consequências não eram tidas por eles como absolutas<sup>1236</sup>.

---

<sup>1231</sup> Segundo Vincenzo Garofoli, “Le radici di un simile convincimento, rinvenibili nella nostra carta costituzionale all’art. 27 comma 2 (l’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva), ricalcano le direttrici poste a fondamento tanto della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, quanto del Patto internazionale dei diritti civili e politici, i quali – unitariamente intesi – canonizzano l’idea di porre il cittadino a riparo da erronei pregiudizi applicativi e pongono, como ineludibile, la necessità di considerare l’innocenza dell’imputato come una pregiudiziale, per lo meno sino a quando von venga legalmente accertata la sua colpevolezza” (*Diritto Processuale Penale*. Seconda edizione. Milano: Giuffè Editore, 2012, p. 39).

<sup>1232</sup> *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. Saraiva: São Paulo, 1991, p. 1.

<sup>1233</sup> *Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária*. 2ª edição. São Paulo: EUD, 1995, p. 1; Crf. GOMES, Luiz Flávio; Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. *Revista dos Tribunais*. n. 729/377. jul/1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

<sup>1234</sup> Digna de registro, preleciona Aury Lopes Júnior: “Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, visto que decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro” (2013, p. 23).

<sup>1235</sup> *Idem*, p. 1.

<sup>1236</sup> *Idem*, p. 17.

Lembra ainda que Vincenzo Manzini não acreditava no princípio, uma vez que contrariava o escopo do processo penal na época em que consistia na verificação da pretensão punitiva, de conseguinte, a presunção seria de procedência da imputação; não o contrário, pois significaria a impossibilidade de impor uma medida como a prisão preventiva<sup>1237</sup>.

Registe-se, mais uma vez, que o pensamento protagonizado por Manzini permeou o CPP italiano de 1931, que por sua vez serviu de modelo ao CPP brasileiro de 1941<sup>1238</sup>. Esse segue vigente, mas depois de sucessivas reformas (movimento de reformas tópicas), sobretudo durante este início de século XXI, como a Lei n. 12.403 de 2011, que introduziu na ordem legal brasileira a possibilidade de impor medidas cautelares processuais diversas da prisão preventiva.

Portanto, como consequência do direito italiano, a partir do modelo processual de 1931, que moldou o processo penal brasileiro de 1941 em diante, somada à herança do CPP do Império, tem-se no Brasil uma prática processual encarceradora, sob o desmedido argumento da necessidade de dar eficiência à lei penal<sup>1239</sup>.

Para Gomes Filho, com o pós-guerra, deu-se início a transição, relativamente às garantias processuais, do caráter garantístico-formal do Estado liberal, para a moderna concepção “neogarantística” ou “garantístico-substancial”. Isso significa dizer que, para além de uma garantia constitucional, o princípio corresponde a um pressuposto de legitimação do poder punitivo<sup>1240</sup>.

Esse estado de inocência, no primeiro momento, impõe limites à prisão preventiva, pois impede que o Estado prenda preventivamente um réu primário, sem uma

---

<sup>1237</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães; *idem*, p. 17.

<sup>1238</sup> Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, citando o escólio de Manzini, “as colocações técnico-jurídicas tiveram, como é sabido, importância fundamental nos trabalhos de elaboração do Código de Processo Penal italiano, de 1931, que, por sua vez, serviu de modelo ao nosso estatuto de 1941, ainda vigente, editado durante o Estado Novo, com o objetivo declarado de oferecer ‘maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem’. Dessa forma, ‘no seu texto, não reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos’” (*idem*, p. 17).

<sup>1239</sup> Cf. GOMES FILHO, Antônio Magalhães; *idem*, p. 17.

<sup>1240</sup> Para Antônio Magalhães Gomes Filho, “nesse quadro, inserem-se as garantias básicas do processo penal, não mais pensadas em termos de meros enunciados humanitários em favor dos acusados, mas de postulados indispensáveis ao exercício legítimo do poder punitivo. Tais garantias não atingem seus objetivos senão com a superação dos entraves decorrentes da desigualdade social” (*idem*, p. 23).

razão processual cautelar consistentemente motivada<sup>1241</sup>. No segundo momento, indica a necessidade de um estatuto jurídico com a previsão de direitos e deveres específicos reservados aos presos preventivos, no afã de impedir que a prisão preventiva se torne uma ilegal antecipação de pena.

Nesse sentido, o estado de inocência é consequência direta de uma política criminal inclinada muito mais à proteção do indivíduo do que ao interesse coletivo à repressão penal<sup>1242</sup>. Por duas razões, em nosso sentir, primeiro porque foram muitas as injustiças cometidas contra inocentes no curso da história; depois porque o indivíduo não tem como se opor, de igual para igual, contra o Estado.

Em relação à prisão preventiva, uma consequência do princípio da presunção de inocência diz respeito ao modo de tratamento a ser dispensado ao investigado ou processado. Para Aury Lopes, “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele”<sup>1243</sup>. Essa dimensão interna, organizaria-se da seguinte maneira: a) carga da prova seja do acusador; b) na dúvida, impõe-se a absolvição; c) severas restrições ao “(ab)uso das prisões cautelares”<sup>1244</sup>. Na

---

<sup>1241</sup> Segundo Tourinho Filho, “Aí está o ponto nevrálgico da questão devidamente solucionado: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória apenas poderá ser admitida a título de cautela. Assim, por exemplo, condenado o réu, seja ele primário, seja ele reincidente, tenha ou não bons antecedentes, se estiver se desfazendo dos seus bens, numa evidente demonstração de que pretende fugir a eventual sanção, justifica-se sua prisão provisória. Do contrário, não. Desse modo, a regra contida no art. 594 do CPP não pode ser interpretada com tanta largueza. A prisão provisória, qualquer que seja, só se justifica se for necessária. E mais: necessária aos fins do processo. E como bem disse Julio Maier, ‘eses fines se reumen em la correcta averiguación de la verdad y en la actuación de la ley penal’ (Derecho procesal penal argentino; fundamentos, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989, t. 1, v. B, p. 279). Do contrário, o réu estaria sofrendo uma pena antecipadamente, e isso violenta o princípio da presunção de inocência. Não havendo perigo de fuga do indiciado ou imputado e, por outro lado, se ele não estiver criando obstáculo à averiguação da verdade buscada pelo Juiz, a prisão provisória torna-se medida inconstitucional. Se se pretende dar combate ao crime implacavelmente, superlotando as cadeias e decuplicando seu número, é muito simples: basta riscar da Constituição o princípio da presunção de inocência e mandar às favas o princípio das provas obtidas ilicitamente..” (*Processo Penal I*, p. 64).

<sup>1242</sup> Pontua, nesse sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho, segundo o qual “é justamente por isso que na leitura da expressão ‘inocência’ há de ser considerado prioritariamente o seu valor ideológico; trata-se, como afirmou Pisani, de uma presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal” (idem, p. 37).

<sup>1243</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>1244</sup> *Idem*, p. 24.

dimensão externa, há uma preocupação com a proteção da imagem do suspeito, a fim de preservar sua dignidade e personalidade, com restrições relacionadas à publicidade<sup>1245</sup>.

Essas preocupações serão aferidas a partir do catálogo de direitos e deveres garantidos aos presos preventivos. Quer dizer, o modo como se garante as visitas e a liberdade de expressão deles, por exemplo. Nesse sentido, não seria lícito proibir que o preso possa conhecer seu recém nascido ou conceder entrevistas aos órgãos de media.

Por exemplo, no art. 15 e ss., da *BayUVollzG*, regulam-se o direito à visitas (*Recht auf Besuch*), o direito à correspondência (*Recht auf Schriftwechsel*), o direito à telecomunicação em casos urgentes (*Telekommunikation*), entre outros que dão conta de um trato peculiar em relação ao preso preventiva, uma vez que eles são considerados inocentes e deverão ser tratados como tal<sup>1246</sup>, nos precisos termos do art. 3, da *BayUVollzG*, segundo o qual *Die Untersuchungsgefangenen gelten als unschuldig und sind entsprechend zu behandeln*.

Por ser inocente, “até prova em contrário”, o preso preventivo não pode ser colocado em regime jurídico próprio dos que são condenados. Por exemplo, convém uma unidade própria à execução da medida cautelar concernente à prisão preventiva (*Trennungsgrundsatz*)<sup>1247</sup>; uma motivação baseada em objetivos processuais de natureza cautelar, como a prevenção à prática de novos crimes ou perturbação relacionada à obtenção das provas<sup>1248</sup>.

---

<sup>1245</sup> Como sustenta Aury Lopes Jr: “Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência” (2013, p. 24).

<sup>1246</sup> Cf. SCHLOTHAUER, Reinhold; WEIDER, Hans-Joachim; NOBIS, Frank; *Untersuchungshaft mi Erläuterungen zu den UvollzG der Länder*, p. 492.

<sup>1247</sup> Cf. SIEPMANN, Sarah; *Die Entwicklung einer gesetzlichen Basis für das Recht der Untersuchungshaft auf Bundes und auf Landesebene (Das Bay UvollzG)*, p. 45. Segundo Schlothauer, “Die Landesgesetze enthalten den Grundsatz, das Untersuchungsgefängene von Gefangenen anderer Haftarten, namentlich Strafgefängenen, getrent unterzubringen sind. Die Regelungen lasse jedoch ausdrücklich und in unterschiedlichen Umfang Ausnahmen zu. Die gemeinsame Unterbringung soll zulässig sein mit Zustimmung des Untersuchungsgefängenen und aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt” (*idem*, p. 520).

<sup>1248</sup> Para o Manual de Normas Internacionais sobre Prisão Preventiva, “existe uma diferença entre as pessoas colocadas em regime de prisão preventiva e as pessoas condenadas. As primeiras, presumem-se inocentes. Ao aplicar as normas existentes em matéria de prisão preventiva, as pessoas responsáveis pela aplicação da lei apenas podem impor, excepto disposição em contrário, as condições expressamente enunciadas. Dito por outras palavras, as pessoas em regime de prisão preventiva apenas podem estar sujeitas

Decerto, não há qualquer incompatibilidade entre o “estado de inocência” e o emprego da prisão preventiva, desde que essa sirva exclusivamente às finalidades processuais penais e de natureza cautelar, nomeadamente para: a) impedir a fuga do investigado ou réu quando evidente este risco; b) impedir a perturbação da instrução quando evidente esta prática; c) impedir a reiteração criminosa quando evidente este perigo, de modo a garantir o restabelecimento da paz jurídica rompida com o crime praticado pelo responsável (*Reschtsfrieden schafft*)<sup>1249</sup>.

Sem embargo, mesmo as ordens jurídicas mais garantistas, elas prevêm medidas restritivas à liberdade do suspeito, desde que necessárias, obviamente<sup>1250</sup>. Portanto, não há problemas em reconhecer sua pertinência, porém sem desvirtuar seus pressupostos e finalidades.

O estado de inocência indica que possíveis restrições à liberdade só se legitimam quando efetivamente indispensáveis. Por isso, a prisão preventiva está relacionada, invariavelmente, à necessidade<sup>1251</sup>. Essa necessidade, porém, não implica subtração do estado de inocência, pois em razão dele deve existir regras peculiares em relação à execução da medida.

Com a reafirmação do princípio da presunção de inocência, o constituinte de 1988 fez a opção pela centralidade dos valores da liberdade e da dignidade humana no processo penal. Em sintonia com duas propostas da Declaração francesa de 1789, a saber: a) não ser obrigado a provar inocência; b) medidas restritivas de liberdade cabem desde que necessárias<sup>1252</sup>.

---

às restrições e às condições que sejam necessárias para garantir a sua comparência em juízo, para que não alterem as provas e para que não cometam novos crimes. Se a detenção se revelar necessária, aqueles responsáveis poderão ainda impor as restrições necessárias à manutenção da ordem e da segurança dos locais de detenção. De qualquer modo, as pessoas em regime de prisão preventiva não podem ser submetidas a «castigos»” (idem, p. 13-14).

<sup>1249</sup> Cf. BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*, p. 4; Cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*, p. 2;

<sup>1250</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; *Medidas cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 21.

<sup>1251</sup> NUCCI, Guilherme de Souza; *Prisão e Liberdade*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 32.

<sup>1252</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; Significados da Presunção de Inocência. In: *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 313.

Exemplo hodierno das dimensões do princípio podem ser vistos no art. 66, do Estatuto do TPI<sup>1253</sup>. Lá constam as seguintes balizas: a) toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável; b) incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado; c) para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

Tourinho Filho, por exemplo, não consegue ver a prisão preventiva, senão com propósitos exclusivamente processuais, basicamente segundo a conveniência da instrução criminal e para garantir a execução da lei penal<sup>1254</sup>. Essa visão, como observado no curso deste estudo, revela-se mais ampla do que a portuguesa, circunstância essa que enseja a decretação da prisão preventiva em situações não compatíveis com os riscos de fuga ou destruição de provas.

Esse princípio, portanto, consiste no postulado cerne que diz respeito à prisão preventiva. Nessa direção, o STF, para o qual “o princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o poder público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário”<sup>1255</sup>.

A propósito, merece registro a mudança de posição do STF em relação a execução provisória da pena. No HC n.º 126.292 de 2016 decidiu a Corte que essa antecipação não era incompatível com o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inc. LVII, da CF, por reconhecer, naquele ano, que essa presunção deixaria de existir quando o acusado fosse condenado por órgão colegiado, mesmo na pendência de recursos, na medida em que, nem o STF, nem o STJ, poderiam, ainda que instados, revisar a matéria probatória, restringindo-se às questões de natureza jurídica.

---

<sup>1253</sup> No Brasil, cf. Decreto n.º 4388 de 25 de setembro de 2002.

<sup>1254</sup> “Em face do exposto, que tem o apoio da melhor doutrina, chega-se à conclusão inarredável de que a prisão preventiva, pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, só se justifica quando presente uma destas circunstâncias: ‘conveniência da instrução criminal’ e ‘asseguramento da aplicação da lei penal’. Desse modo toda e qualquer prisão provisória que supere esse limite é ilegítima, arbitrária, visto que contrária ao princípio da ‘presunção de inocência’, dogma de fé. A prisão preventiva é permitida, única e exclusivamente, para os fins do processo penal” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa; *Processo Penal* 3. 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 552).

<sup>1255</sup> J. 26-08-2008.

Porém, corriam na Corte ações declaratórias de constitucionalidade (ADC n.ºs 43, 44 e 54), por meio das quais se buscava a declaração de constitucionalidade do art. 283, do CPP, segundo o qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Essa redação, basicamente, reproduz o conteúdo do art. 5º, inc. LVII, da CF. Então, no dia 7 de novembro de 2019, o STF concluiu o julgamento e declarou, por maioria, constitucional a norma contida no art. 283, do CPP, de modo que a execução da pena só deverá ocorrer depois de esgotados os recursos. Portanto, a presunção de inocência segue seus efeitos, impedindo, com isso, a execução antecipada da sentença não transitada em julgado.

Essa decisão revelou-se sindicável, na medida em que Lula cumpria pena de maneira provisória. Essa execução antecipada, a bono da verdade, impediu que ele pudesse participar, de qualquer modo, das eleições de 2018, sequer lhe sendo permitido conceder entrevistas a mídia.

Sob o ângulo jurídico, restou claro que o ambiente político influenciou a decisão da Suprema Corte, sobretudo depois da divulgação das gravações obtidas pelo *The Intercept Brasil*, dando conta que o processo penal dele, permeou-se de questões de natureza política, de modo a mitigar a imparcialidade do seu julgamento, fato esse que se comprovou com a nomeação de Moro ao cargo de Ministro da Justiça de Bolsonaro, vencedor das eleições de 2018.

Em março de 2021 o Ministro Edson Fachin do STF anulou monocraticamente todas as condenações do Presidente Lula com base na incompetência absoluta da justiça federal de Curitiba, a despeito dessa questão ser objeto de questionamento desde o início do processo penal<sup>1256</sup>.

### **3. O princípio da reserva de juiz**

---

<sup>1256</sup> Cf. EMB.DECL. NO HC 193.726 - PR.



O art. 5º, *caput*, da CF e o art. 7º, n.º 3, da CADH reconhecem o direito individual à liberdade de locomoção. Trata-se de uma garantia inviolável da pessoa<sup>1257</sup>, razão pela qual só um juiz poderá mitigá-la<sup>1258</sup>. Por isso mesmo, reserva-se a ele, dentro de um Estado democrático, validar ou determinar qualquer espécie de prisão, ainda que preventiva. Tanto é assim, que o art. 5º, inc. LXI, da CF exige ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judiciária, nesse sentido<sup>1259</sup>.

Como decidiu a Corte ADH no caso *Vélez Loor vs. Panamá*<sup>1260</sup>, uma decisão restritiva da liberdade deve ser motivada de modo suficiente, sobre tudo para verificar seu respeito à proporcionalidade, sem embargo de auxiliar na identificação dos casos de prisão arbitrária.

---

<sup>1257</sup> Cf. RICCIO, Giuseppe; DE CARO, Agostino; MAROTTA, Sergio; *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*. Napoli: Edizioni Schintifiche Italiane, 1991, p. 225.

<sup>1258</sup> Essa reserva deve ser considerado tanto em relação à detenção, quanto em relação à prisão preventiva. Segundo Cecilia Medina, a própria Corte ADH não faz essa diferenciação. Então, uma prisão preventiva poderá ser arbitrária quando irrazoável, imprevisível e desproporcional, decidiu a Corte no caso *Gangaram Pandary vs. Suriname* (MEDINA, Célia; *The American Convention on Human Rights*, p. 199).

<sup>1259</sup> O art. 15º da Constituição italiana 1947 influenciou a redação do art. 5º, inc. LXI, da CF, segundo a 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”. Nessa regra constitucional, repousa o princípio da reserva de juiz ou jurisdicional, ainda que não expresso em relação à prisão preventiva, mas dela se deduz que, fora o flagrante, qualquer prisão deve ser determinada pelo Juiz ou Tribunal.

<sup>1260</sup> Segundo Jesús Maria Casal, “La Corte suele examinar si existe motivación suficiente en la decisión que ordena la prisión provisional o preventiva de un acusado, ya que para verificar si esta, en el caso particular, se ha mantenido dentro de los límites de una medida estrictamente cautelar, nunca policial o punitiva, es preciso analizar el razonamiento vertido en el fallo judicial, cuya inexistencia basta para entender que la privación de libertad fue arbitraria. Con apoyo en estos criterios, la Corte Interamericana declara que una detención ha sido arbitraria y que ha sido vulnerado el artículo 7.3 de la Convención. Dos constelaciones que han sido frecuentes en la jurisprudencia de la Corte, al afirmarse que ha habido una infracción del artículo 7.3, son, por un lado, las situaciones de secuestro o desaparición forzada o de detenciones seguidas de asesinatos, a menudo inscritas en un cuadro general de violencia o conflicto armado y, por otro lado, las medidas de prisión preventiva que quebrantan el principio de proporcionalidad. Las primeras caracterizaron una etapa inicial de la jurisprudencia interamericana y, lamentablemente, se mantienen presentes pudiendo citarse casos como los de *Velasquez Rodriguez vs. Honduras* y *Cantoral Benavides vs. Perú*, llegándose posteriormente a los de la *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*; la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*; las *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*; las *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*; y *Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala*. En estas circunstancias la privación arbitraria de la libertad forma parte de una violación ulterior y más grave de los derechos humanos, consistente en la tortura y el asesinato o la desaparición forzada. Como aseveró la Corte en algunos de los casos citados: ‘la privación de libertad con la cual inicia una desaparición forzada, cualquiera que fuere su forma, es contraria al artículo 7 de la Convención Americana’. Las sentencias de la Corte Interamericana referidas a la prisión preventiva y a la falta de proporcionalidad al adoptarla, que suelen abordar circunstancias insertas en un contexto institucional diferente, serán examinadas posteriormente” (*Convención Americana sobre Derechos Humanos*, p. 191-192).

No caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, a Corte ADH decidiu que o controle imediato da prisão concorre para a legalidade da medida, pois visa a impedir arbitrariedades, dado que o Estado de direito supõe a existência de um juiz que garanta os direitos do preso e decida pela medida cautelar somente nos casos necessários<sup>1261</sup>.

Esse controle judicial é primordial à preservação da liberdade pessoal, bem como impede violações aos direitos humanos que são recorrentes em prisões ilegais e destituídas de garantias<sup>1262</sup>. Aliás, registre-se que qualquer prisão, ainda que realizada por uma autoridade policial, deve ser submetida ao juiz de modo imediato<sup>1263</sup>. Essa supervisão, a propósito, deve ser efetiva, consoante decidiu a Corte ADH, no caso *Bayarri vs. Argentina*<sup>1264</sup>.

Então, com base nessa regra interamericana de natureza “supralegal”, qualquer prisão só será válida e legítima caso determinada ou confirmada por um juiz. Nesse sentido, o art. 311, do CPP consigna que a prisão preventiva deverá ser decretada pelo magistrado ou Tribunal a pedido do Ministério Público ou das partes, durante a investigação ou no curso do processo penal.

Por conta da Lei n.º 13.964 de 2019, não caberá mais prisão *ex officio*. Ela está condicionada à requerimento do MP ou do ofendido. A propósito, o STF decidiu que não cabe ao juiz, mesmo durante a audiência de custódia, decretar a prisão sem ser provocado. Entendeu-se que, conquanto o art. 313, do CPP autorize a conversão do flagrante em preventiva, essa regra deve ser interpretada à vista, também, do novo art. 311, do CPP e do sistema acusatório, modelo esse do processo penal moderno<sup>1265</sup>.

---

<sup>1261</sup> Cf. CASAL, Jesús María; *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Editores Chistian Steiner / Patricia Uribe. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 196.

<sup>1262</sup> *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, p. 196.

<sup>1263</sup> Segundo Thomas Antkowiak, “any form of detention, imprisonment, institutionalization, or custody of a person in a public or private institution which that person is not permitted to leave at will, by order of or under de facto control of a judicial, administrative or any other authority, for reasons of humanitarian assistance, treatment, guardianship, protection, or because of crimes or legal offenses” (*The American Convention on Human Rights*, p. 144-145).

<sup>1264</sup> Cf. ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *idem*, p. 165.

<sup>1265</sup> Segundo o Min. Relator, “(...) A reforma introduzida pela Lei n.º 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. – A Lei n.º 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da

O STF, periodicamente, reitera essa reserva, bem como realça o dever do juiz fundamentar de maneira idônea a decisão que decreta a prisão preventiva. Com isso, pode-se sustentar que a reserva de juiz, no caso brasileiro, reclama, ao mesmo tempo, uma motivação circunstancia<sup>1266</sup>.

Existe, naturalmente, o juízo de conveniência. Todavia, quando invoca razões que sustentam a decretação da prisão preventiva, essas devem estar cercadas de previsões normativas e razões causais perceptíveis. Caso contrário, haverá abuso de poder, mesmo nas hipóteses contidas na legislação, quando os motivos que a inspirarem divergirem daqueles legalmente permitidos<sup>1267</sup>.

Há uma questão que diz respeito à complexidade da causa como razão suscitada para manter a prisão preventiva inicialmente motivada pelo prejuízo causado à instrução criminal com a liberdade do indiciado. Sucede que a dificuldade do caso não é uma razão consistente para manter uma prisão preventiva. Isso implica admitir que os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da excepcionalidade da prisão preventiva, cedem lugar à ineficiência do Estado na apuração dos crimes.

Essa não é a posição do STF<sup>1268</sup>, entretanto. Ao revés, o Tribunal reconhece a tese da complexidade da demanda criminal (muitos denunciados, diversas testemunhas, diferentes crimes cometidos, por exemplo), como razão suficiente à manutenção da prisão preventiva à vista das causas do art. 312, do CPP, nada obstante o excesso de prazo na sua execução<sup>1269</sup>.

O indivíduo, entretanto, não pode suportar, dado sua diminuta posição frente o poder do Estado, o ônus de uma suposta complexidade do caso *sub judice*. Há que se

---

autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP” (HC 188.888 MG, julgado em 06-10-2020).

<sup>1266</sup> Cf. HC 85011 de 2015, STF.

<sup>1267</sup> TORNAGHI, Hélio; *idem*, p. 92.

<sup>1268</sup> HC 98.007 de 2009; HC 89.168 de 2006; HC 138.987 de 2017; HC 137.449 de 2007; (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br); Acesso em: 14-03-2018).

<sup>1269</sup> No mesmo sentido, o STJ (HC 80408 de 2017).

priorizar o trâmite processual com recursos humanos e materiais suficientes, porque não convém sacrificar franquias democráticas, em detrimento do cidadão.

Como dito anteriormente, Gomes Canotilho considera de duvidosa constitucionalidade a lei portuguesa que autoriza o alargamento do prazo da prisão preventiva, quando a razão disso é a complexidade do caso<sup>1270</sup>.

Com base no art. 93, inc. IX, da CF de 1988 e no art. 315, do CPP brasileiro, Aury Lopes Jr propõe o princípio da “jurisdicionalidade e motivação” relativamente à prisão cautelar, quando declara que “toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada”<sup>1271</sup>.

Trata-se, na verdade, do mesmo princípio, mas com um nome diverso da reserva de juiz. Em todo caso, não será válida a prisão preventiva desmotivada, mormente aquela que se limite a indicar a base jurídica, sem a correspondente base fática, ou seja, sem elementos concretos para subsidiá-la.

Com a Lei n. 13.964 de 2019, que deu nova redação ao §3º do art. 282 do CPP, bem como ao § 2º do art. 312 do CPP, passa-se a exigir do juiz a indicação de elementos do caso concreto que possam dar conta do risco ou perigo gerado com a liberdade do investigado ou acusado. Segundo o art. 312, § 2º, do CPP, “a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receito do perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”. Com isso, impressões pessoais desprovidas de fatos concretos não autorizam o juiz decretar uma prisão preventiva.

Essa regra é pertinente para retirar o excesso de discricionariedade do magistrado. Realmente, sob o pretexto do livre convencimento motivado, diversas prisões preventivas foram decretadas sem motivação idônea. Agora, compete ao Juiz indicar quais fatos concretos revelam a necessidade da prisão preventiva.

Segundo Hélio Tornaghi, a lei deixava à prudência do juiz a decisão concernente à pertinência (necessidade) de impor uma prisão preventiva. No entanto, advertia que esse

---

<sup>1270</sup> “A fixação de prazos da prisão preventiva à lei, que tem uma relativa margem de liberdade de conformação, observado o princípio da proporcionalidade. É constitucionalmente duvidoso o alargamento dos prazos com base na complexidade do processo e características dos crimes («processos monstruosos»); mas de qualquer modo, impõe-se aqui a observância estrita do princípio da proibição do excesso” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, idem, p. 490).

<sup>1271</sup> *Idem*, p. 32.

poder discricionário estaria regulado, pois suporia a articulação dos motivos (de fato e de direito) de conveniência que serão necessariamente considerados <sup>1272</sup>. Na ausência de tais razões prescritas em lei, ter-se-á desvio de poder, quando menos uma violação ao princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*)<sup>1273</sup>.

Em resumo, a prisão preventiva deve ser motivada à vista do que prevê o CPP, a CF de 1988 e a CADH de 1969, sob pena de configurar uma medida cautelar destituída de fundamentação. Passível, portanto, de impugnação.

Com precisão cirúrgica, Hélio Tornaghi ensinava que “o juiz excede seus poderes se decreta a prisão em casos não previstos em lei. Mas abusa do poder se, mesmo em hipótese prevista em lei, age por motivos diversos dos que a inspiraram”<sup>1274</sup>.

Gomes Filho trata como princípio constitucional da “jurisdicionalidade” da prisão preventiva, exatamente porque baseado tanto no art. 5º, inc. LXI, , quanto no art. 93, inc. IX, da Constituição do Brasil<sup>1275</sup>.

Esse princípio, concernente à motivação das decisões jurisdicionais, para além de um pressuposto legitimador de qualquer manifestação do Estado, revela uma condição

---

<sup>1272</sup> “Em geral as leis deixam à prudência do juiz a decisão sobre a necessidade de impor a prisão preventiva. Não se trata, propriamente, de faculdade, de que o juiz usa a seu bel-prazer, a seu arbítrio, e sim de poder discricionário, regulado, portanto, por motivos de conveniência que devem ser levados em consideração. Se ele o exerce sem que ocorram as razões consideradas por lei como determinantes da prisão, configura-se o abuso de poder. É certo que o julgamento da conveniência é deixado ao juiz, mas pode a decisão dele ser contrastada pela instância superior que dirá se houve desmando, excesso, incomedimento” (*Curso de Processo Penal*. Volume 2. 9ª edição. Saraiva: São Paulo, 1995, p. 87).

<sup>1273</sup> Segundo Lutz Meyer-Goßner, “Dieses Verbot des Übermaßes setzt der Zulässigkeit eines sonst zulässigen Eingriffs bei dessen Anordnung, Vollziehung und Fortdauer eine Grenze (BverfGE 32, 373, 379 = NJW 72, 1123; BverfGE 34, 238, 246 = NJW 73, 891), zB bei körperlichen Eingriffen (18 zu §81<sup>a</sup>), bei Beschlagnahme und Durchsuchung (18 zu §94; 15<sup>a</sup> zu §102; 1<sup>a</sup> zu §103), bei Eingriffen in die Pressefreiheit (Art 5 I S2 GG), bei denen zwischen den Erfordernissen einer freien Presse und denen der Strafverfolgung abzuwägen ist (BverfGE 15, 223 = NJW 63, 147; BverfGE 20, 162, 186 = NJW 66, 1603, 1607)”, (*Becksche Kurz Kommentar Strafprozessordnung*, p. 5). E ainda, sobre o princípio da proibição do excesso, cf. GOMES CANOTILHO, José Joaquim; *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 266; cf. BADURA, Peter; *Staatsrecht*, p. 105.

<sup>1274</sup> *Idem*, p. 92.

<sup>1275</sup> *Idem*, p. 79. Segundo Gomes Filho, “daí porque a possível legitimidade teórica da prisão anterior à condenação diante da presunção de inocência, bem como o exame da proporcionalidade da medida restritiva, em cada caso concreto, exigem a efetiva cognição judicial a respeito dos pressupostos legais que autorizam a custódia, que deve necessariamente vir expressa em provimento motivado (art. 5º, LXI, e 93, IX, da CF/1988). Assim, outro princípio fundamental que se extrai do texto constitucional de 1988, em relação à prisão cautelar, é o da jurisdicionalidade” (*Medidas cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 29).

necessária ao exercício efetivo do controle político-criminal por parte de toda a sociedade<sup>1276</sup>.

É imperativo constitucional o dever de consignar os motivos que dão razão à prisão preventiva<sup>1277</sup>. Sem embargo de que, como bem registou Luiz Flávio Gomes, “a exigência de fundamentação específica da prisão cautelar é algo absolutamente inerente ao instituto e rigorosamente constitucional (art. 5º, inc. LXI)”<sup>1278</sup>. Quer dizer, motivar a decisão que decreta a preventiva consiste em uma imposição constitucional, sob pena de caracterizar excesso ou abuso de poder.

Então, mostra-se evidente, diante de regras tão claras e incisivas, que o constituinte impôs ao juiz ou Tribunal o dever de examinar e determinar todas as espécies de prisões cautelares. Como no caso da prisão preventiva, relativamente a sua legalidade e necessidade, “com a obrigatória verificação concreta dos pressupostos da liberdade provisória”<sup>1279</sup>, bem como da oportunidade das medidas cautelares diversas, por conta do art. 282, §6º, do CPP, que prevê a excepcionalidade da medida<sup>1280</sup>.

Daí a preocupação, quer para o juiz instado a decidir sobre a prisão preventiva, quer para o indivíduo sujeito à medida cautelar, no sentido de examinar com a maior acuidade possível, se os pressupostos estão organizadamente caracterizados e substancialmente motivados, a fim de impedir o abuso<sup>1281</sup> na sua aplicação, que para além de uma infração criminal, diz respeito à violação ao direito à liberdade pessoal que no quadro constitucional possui reconhecida e homenageada proteção.

O art. 315 do CPP brasileiro, de modo expresso, dispõe que a decisão pertinente à prisão preventiva deve ser motivada. Para Aury Lopes Jr., tem-se, a partir desse

---

<sup>1276</sup> Com acuidade, escreve Gomes Filho: “Mais que isso, no regime democrático, a obrigatoriedade da motivação, conjugada à publicidade dos pronunciamentos jurisdicionais, adquire relevante função extraprocessual, qual seja, a de possibilitar ao povo, fonte exclusiva do poder, o controle generalizado e difuso sobre o modo como se administra a justiça” (*idem*, p. 80).

<sup>1277</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães; *idem*, p. 81.

<sup>1278</sup> *Direito de apelar em liberdade. Conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 39.

<sup>1279</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães; *Medidas cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 29.

<sup>1280</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique; *Processo Penal*, p. 960.

<sup>1281</sup> Luiz Flávio Gomes dá um exemplo de motivação ao arrepio do princípio da reserva jurisdicional motivada quando “o juiz que decreta uma prisão cautelar ‘para intimidar outras pessoas’, para ‘servir de exemplo’ está absolutamente equivocado e, pior, não está demonstrado o caráter instrumental da providência acautelatória” (1994, *idem*, p. 41).

dispositivo, o princípio da jurisdicionalidade e motivação relativamente à principiologia das prisões cautelares<sup>1282</sup>.

O art. 5º, inc. LXI da CF, categoricamente, reza que a prisão deve ser expedida pela autoridade judiciária competente, com os respectivos fundamentos, salvo em casos de transcrições disciplinares militares, sob pena de ser relaxada, caso ignorada a regra constitucional. Trata-se da base jurídico-constitucional que sufraga o princípio da reserva de juiz em matéria de prisão preventiva<sup>1283</sup>. O art. 283, do CPP brasileiro também cuida expressamente do princípio quando consigna “ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” como requisito à prisão cautelar (preventiva).

A propósito, por conta do § 1º introduzido no art. 315, por meio da Lei n.º 13.964 de 2019, o juiz só poderá decretar a prisão preventiva quando constate e indique na decisão a “existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Na verdade, essa exigência de circunstâncias concretas<sup>1284</sup> para justificar uma prisão preventiva também pode ser verificada no art. 204º, do CPP português, quando cuida dos requisitos gerais de aplicação das medidas de coação. Só que o art. 315, §2º, do CPP brasileiro, com a redação dada pela Lei n.º 13.964 de 2019, preocupou-se em definir quando não se tem uma decisão motivada e fundamentada<sup>1285</sup>.

À vista do §2º do art. 315, não será fundamentada a decisão que: (i) limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (iv) não enfrentar todos os argumentos

---

<sup>1282</sup> Cf. *Prisões Cautelares*. Lei n. 12.403/2011. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 32. Segundo Aury Lopes Jr., “assim, ninguém poderá ser preso por ordem de delegado de polícia, promotor ou qualquer outra autoridade que não a judiciária (juiz ou tribunal), com competência para tanto” (*idem, ibidem*).

<sup>1283</sup> Aury Lopes Jr., vê com enorme ceticismo o emprego desmedido da prisão cautelar no Brasil, segundo o qual “a rigor, cotejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da ‘cruel necessidade’. Assim, quando ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade. Mas, infelizmente, a prisão cautelar é um instituto que sofreu grave degeneração, a a qual dificilmente será remediada por uma simples mudança legislativa. O maior problema é cultural, é a banalização de uma medida que era para ser excepcional” (*idem, p. 33*).

<sup>1284</sup> Cf. STJ RHC 41633.

<sup>1285</sup> Sobre a lei n.º 13.964 de 2019, cf. DEZEN, Guilherme Madeira; DE SOUZA, Luciano Anderson; *Comentários ao Pacote Anticrime. Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2020.

deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (v) limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (vi) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Com isso, surge uma questão que diz respeito à independência do juiz, ou seja, relativamente à autonomia para a sua tomada de decisões. Em consequência desses pressupostos negativos do art. 315, §2º, do CPP, haveria, em tese, ofensa ao princípio do livre convencimento motivado?

Convém ressaltar, inicialmente, que o art. 93, inc. IX, da CF exige a fundamentação de todas as decisões judiciais. Fundamentar, a bono da verdade, não pode significar a mera indicação dos dispositivos contidos no Código, sem qualquer relação concreta com o caso examinado. O art. 315, §2º, do CPP brasileiro, propõe-se a superar um grave problema concernente às decisões padronizadas que desconsideravam as peculiaridades do caso concreto.

Por conta dos numerosos casos submetidos diariamente ao Poder Judiciário, mormente em razão dos sistemas de tecnologia da informação implantados nos tribunais, tornou-se comum uma decisão sobre a prisão preventiva extraída do banco de dados do sistema, porém, sem qualquer consideração factual, salvo o nome do sujeito e o crime que cometeu.

Aliás, algumas decisões resumiam-se em declinar o crime previsto no Código Penal, bem como o preenchimento genérico, sem qualquer motivação dos requisitos da prisão preventiva exigidos pelo art. 312, do CPP. Esse tipo de decisão, sem qualquer sombra de dúvidas, infringia o princípio da reserva do juiz.

Por conta do sistema acusatório, questionava-se o poder do Juiz de decretar a prisão preventiva *ex officio*<sup>1286</sup>. O novo § 2º do art. 282, inserido pela Lei n. 13.964 de 2019, prevê agora que “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento

---

<sup>1286</sup> Nesse sentido, Gustavo Henrique Badaró sustentava que “a Lei n.º 12.403/2011 deveria, de uma vez por todas, eliminar a possibilidade de decretação de medidas cautelares de ofício pelo julgador, e com isso preservar sua imparcialidade, mantendo-o inerte e desinteressado, fortalecendo o sistema acusatório” (*Processo Penal*, p. 959).



das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”.

Buscou-se aqui registrar que cabe ao juiz impor medidas cautelares, inclusive a prisão preventiva por óbvio, desde que provocado por outros sujeitos processuais. Com isso, manter-se-ia sua imparcialidade, na esteira do princípio acusatório. Ocorre que o art. 310, inciso II, do CPP, mantém o dever do Juiz, no sentido de converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os pressupostos do art. 312, do CPP, bem como se se revelarem insuficientes e inadequadas as diferentes medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP.

Note-se que para esta hipótese, conversão do flagrante em preventiva, o Juiz decidirá independentemente de pedido formulado pelas partes. Então, parece-nos que para todos os casos que não sejam flagrante, o Juiz só poderá determinar a prisão preventiva, quando subsistir um requerimento subscrito pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelas partes. Caso contrário, haverá uma quebra da regra contida no art. 282, § 2º, do CPP. Porém, como dito anteriormente, o STF passou a reconhecer a ilegalidade da prisão decretada de ofício<sup>1287</sup>.

Finalmente, convém registrar que o princípio da reserva de juiz, particularmente a inexistência de fundamentação na manutenção da prisão preventiva, serviu como razão para a concessão do *Habeas Corpus* n.º 130723 de 2016, no sentido de converter a prisão preventiva em prisão domiciliar<sup>1288</sup>.

---

<sup>1287</sup> Cf. HC 188.888/MG.

<sup>1288</sup> “A custódia cautelar, por sua característica de medida excepcional, exige demonstração inequívoca de sua necessidade, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipação da reprimenda a ser cumprida quando da condenação (HC 105.556/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 30.8.2013). Dessa forma, o decreto de prisão cautelar há de se apoiar nas circunstâncias fáticas do caso concreto, evidenciando que a soltura colocará em risco a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, conforme art. 312 do Código de Processo Penal. Na hipótese, sem qualquer alusão ao caso concreto e ao desamparo de base empírica idônea, o magistrado de primeiro grau fez referências genéricas e abstratas acerca da necessidade da custódia cautelar. É certo que todo delito comporta uma gravidade em sua essência, mas afirmar que o crime de tráfico de drogas, por se inserir no grupo de crimes hediondos, representa verdadeira ameaça à ordem pública e justifica a supressão da liberdade individual traduz juízo genérico acerca das circunstâncias que o envolvem na espécie. Aliás, sequer indicados elementos pertinentes ao requisito da aplicação da lei penal. O risco à ordem pública e a aplicação da lei penal elencados no decreto prisional em absoluto podem ser inferidos da gravidade abstrata dos delitos imputados para justificar a prisão preventiva. A jurisprudência desta Corte Suprema reputa inidônea a fundamentação de prisão preventiva lastreada em circunstâncias genéricas e impessoais (HC 121.286/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 30.5.2014; HC 121.250/SE, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 22.5.2014; HC

#### 4. O princípio da excepcionalidade

Há quem sustente, que o princípio da excepcionalidade da prisão está previsto no art. 5º, incisos LXV e LXVI, da CF<sup>1289</sup>. É possível dizer também que está previsto no art. 7º, n.º 2, da Convenção ADH, segundo o qual a liberdade pessoal é a regra, de maneira que ela só pode ser restringida nas hipóteses previstas nas Constituições políticas dos Estados ou de acordo com as leis promulgadas pelo respectivo país. Em uma palavra, «*restriction of liberty always the exception*»<sup>1290</sup>.

Então, compete aos Estados estabelecerem de modo preciso, expresso e descrito, quais são os pressupostos e motivos processuais cabíveis para a prisão preventiva. Sempre, à vista do princípio da presunção de inocência.

No Brasil, há uma certa confusão na doutrina entre pressupostos/requisitos com os motivos processuais de natureza cautelar<sup>1291</sup>. Gustavo Badaró, por exemplo, vê como requisitos positivos à prisão preventiva, um cautelar instrumental (necessidade de proteção da investigação ou instrução), um cautelar final (aplicação da lei penal) ou quando para

---

116.491/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 25.6.2013). Ademais, o decreto prisional lastreia-se em dispositivo normativo que padece de inconstitucionalidade, já reconhecida pelo Plenário desta Suprema Corte, em sessão de julgamento realizada no dia 10.5.2012, nos autos do HC 104.339/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Naquela ocasião, este STF invalidou parcialmente o art. 44 da Lei 11.343/2006, pertinente à vedação abstrata da liberdade provisória em crimes de tráfico de drogas. À falta de fundamentação idônea para a prisão cautelar no decreto prisional, tenho por imperativa a confirmação da liminar anteriormente deferida e, por conseguinte, a concessão da ordem de habeas corpus de ofício para revogar a prisão preventiva da paciente, sem prejuízo da imposição, pelo magistrado de primeiro grau das medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal. Por derradeiro, reitero que, em 04.11.2015, o magistrado de primeiro grau, em observância à liminar concedida, impôs quatro medidas cautelares diversas da prisão (I - proibição de se ausentar da comarca em que possui domicílio por mais de dez dias, sem autorização judicial; II – justificar mensalmente suas atividades, comprovando atividade lícita e honesta de trabalho; III – proibição de frequentar bares, botecos, prostíbulos, boates e estabelecimentos assemelhados; IV – recolher-se em domicílio a partir das 22 horas), ressaltando, inclusive, que o eventual descumprimento “ implicará automática retomada da prisão preventiva”. Ante o exposto, tornando definitiva a liminar anteriormente deferida, concedo de ofício a ordem de habeas corpus para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor da paciente Josiane da Paz Mariano, sem prejuízo de aplicação, pelo magistrado de primeiro grau, de medidas cautelares diversas da prisão ao feito legal. É como voto” (Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso: 14-06-2016).

<sup>1289</sup> BONFIM, Edilson Mougenot; *Curso de Processo Penal*, p. 574.

<sup>1290</sup> ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *The American Convention on Human Rights*, p. 148.

<sup>1291</sup> Cf. PACELLI, Eugênio; *Curso de Processo Penal*, p. 570; cf. BONFIM, Edilson Mougenot; *Curso de Processo Penal*, p. 599. Sob o ângulo dos requisitos (*fumus commissi delicti*) e dos fundamentos (*periculum libertatis*), cf. LOPES JR., Aury; *Direito Processual Penal*, p. 832 e ss.

evitar a reiteração criminosa<sup>1292</sup>. Enquanto pressupostos positivos, segundo ele, correspondem àqueles concernentes à autoria e materialidade do delito<sup>1293</sup>.

Então, convém deixar consignado que os pressupostos são aqueles requisitos que dizem respeito aos fortes indícios da prática de crime e à prova da materialidade do delito, contidos no art. 312, do CPP. Esses, portanto, são os pressupostos materiais da prisão preventiva.

Os motivos processuais de natureza cautelar são aqueles que denotam a necessidade da imposição da prisão preventiva, quais sejam, (a) fuga ou risco de fuga, (b) risco de inquinação das provas ou (c) risco à prática de novos crimes. Sob alguma medida, porém imprecisa e elástica, concernem àqueles contidos no art. 312, do CPP relacionados à garantia da ordem pública (prática de novos crimes); garantia da instrução criminal (proteção das provas) e à garantia da aplicação da lei penal (risco de fuga).

Thomas Antkowiak e Alejandra Gonza registam que a Corte IDH, nesse sentido, reconhece que as razões e condições que permitem a prisão devem ser propostas legitimamente e previamente, «*establisched in an express and detailed manner*»<sup>1294</sup>, consoante prevê o art. 7º, n.º 2, da Convenção ADH. Ou seja, postos de modo expresse e descritivo.

Na verdade, essa redação é menos restrita que o art. 5º, n.º 1, c), da Convenção EDH, que direciona as hipóteses para os casos de perigo de fuga ou reiteração criminosa<sup>1295</sup>, ainda que a Corte de Estrasburgo tenha ampliado as hipóteses de cabimento da prisão preventiva (*Wemhoff vs. Germany*)<sup>1296</sup>.

---

<sup>1292</sup> *Processo Penal*, p. 955.

<sup>1293</sup> Para Gustavo Badaró, “os pressupostos positivos para a decretação da prisão preventiva são previstos no art. 312, caput, CPP: a prisão preventiva poderá ser decretada ‘quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria’ (destacamos). Trata-se, pois, do que se convencionou denominar *fumus commissi delicti*. Há dois aspectos a serem considerados: (1) existência do crime; (2) autoria. Quanto à existência do crime, ou seja, a materialidade delitiva, é necessário que haja ‘prova’, isto é, certeza de que o fato existiu. Neste ponto, há uma exceção ao regime normal das medidas cautelares, na medida em que para a caracterização do *fumus boni iuris* há determinados fatos sobre os quais o juiz deve ter certeza, não bastando a mera probabilidade. Já quanto a autoria delitiva, não se exige que o juiz tenha certeza da autoria, bastando que haja elementos probatórios que permitam afirmar, no momento da decisão, a existência de ‘indício suficiente’, isto é, a probabilidade de autoria. Cabe destacar, que neste ponto, a expressão indício foi utilizada no sentido de uma simples ‘prova leve’ ou uma prova semiplena de autoria” (*Processo Penal*, p. 974-975).

<sup>1294</sup> *Idem*, p. 149.

<sup>1295</sup> Cf. MEDINA, Cecilia; *The American Convention on Human Rights*, p. 203.

<sup>1296</sup> Segundo Jacobs and White, “other grounds which have been accepted by the Court as capable of justifying detention are the risk of suppression of evidence and of collusion, that is, contacting other

No entanto, a Corte IDH possui mais de um precedente (*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, *Servellón García vs. Honduras*; *Acosta Calderón vs. Ecuador*), por meio do qual a prisão preventiva terá lugar quando o réu quer impedir o desenvolvimento da persecução ou quando busca se esquivar de uma possível condenação<sup>1297</sup>. Em todo caso, qualquer privação da liberdade pessoal, mormente quando não decorre de sentença condenatória, deve ser excepcional<sup>1298</sup>.

Há, por outro lado, decisões da Corte IDH como o caso *Servellón García vs. Honduras*, que permitem seu emprego para a segurança pública. Ou mesmo, à guisa de prevenção de crimes, como decidiu a Corte nos casos *Torres Millacura vs. Argentina* e *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*<sup>1299</sup>.

Por sua vez, o art. 9º, n.º 3, do Pacto IDCP<sup>1300</sup> declara que a detenção prisional de pessoas que esperam a conclusão de um processo criminal, norma essa que se estende naturalmente à prisão preventiva, não deve ser regra geral, por isso mesmo só pode ser pensada como uma exceção. Então, mesmo que a Convenção ADH não descreva as hipóteses, há uma restrição clara ao manejo dela que decorre do Pacto IDCP<sup>1301</sup>, pois deve observar o princípio da excepcionalidade da privação da liberdade de locomoção.

No particular das Regras de Tóquio, mormente em relação à regra 6 (I), há nítida caracterização do princípio da excepcionalidade, pois declara que “a prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais, tendo devidamente em conta o inquérito sobre a presumível infração e a proteção da sociedade e da vítima”.

---

defendants or witnesses to agree on a false version of events” (*The European Convention on Human Rights*, p. 136); cf. VAN DIJK, Pieter; *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, p. 472.

<sup>1297</sup> Cf. CASAL, Jesús María; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, p. 191.

<sup>1298</sup> Segundo Thomas Antkowiak e Alejandra Gonza, “The general principle in this area is that ‘liberty is always the rule, and its limitation or restriction always the exception’. This requirement must pervade national legislation and serve as the guiding principle for an analysis of legality. According to the Convention and Court, personal liberty can only be deprived according to a legislative statute or constitutional provision. Moreover the ‘reasons’ and ‘conditions’ that permit such limitations must have a legitimate purpose and be previously established in an express and detailed manner. The Court has held that the following purposes are, in principle, legitimate for the deprivation of liberty: securing public safety, preventing crime, ensuring that the accused does not prevent criminal proceedings, facilitating extradition process, and regulating migration” (*The American Convention on Human Rights*, p. 148-149).

<sup>1299</sup> *Apud* ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *idem*, p. 149.

<sup>1300</sup> Art. 9º, n. 3º, Pacto IDCP. A detenção prisional de pessoas aguardando julgamento não deve ser regra geral, mas a sua libertação pode ser subordinada a garantir que assegurem a presença do interessado no julgamento em qualquer outra fase do processo e, se for caso disso, para execução da sentença.

<sup>1301</sup> Cf. TRECHSEL, Stefan; *Criminal Proceedings*, p. 502.

Em resumo, a prisão preventiva é caracterizada pelo princípio da excepcionalidade<sup>1302</sup>. Além disso, o art. 5º, *caput*, da CF de 1988, reconhece o direito à liberdade, em sintonia com os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos. Com isso, nenhuma medida que subtraia a liberdade pessoal poderá ser imposta sem uma razão suficiente e legalmente prevista.

Pode-se propor que o art. 5º, inc. LXVI, da CF, no ponto em que declara “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, mostra que o constituinte considerou a prisão preventiva como

---

<sup>1302</sup> O STF, de igual modo, reconheceu essa excepcionalidade somada a impreterível necessidade da prisão preventiva. De acordo com o Min. Celso de Mello: “A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe — além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) — que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. (...) A prisão preventiva não pode — e não deve — ser utilizada, pelo poder público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito; pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva — que não deve ser confundida com a prisão penal — não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. (...) A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. (...) A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando prisão desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira. Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. (...) Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. (...) A prerrogativa jurídica da liberdade — que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) — não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela CR, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível — por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) — presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o poder público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário” (HC n.º 93.883, j. 26-08-2008).

medida excepcional. Devendo, com isso, privilegiar os meios menos gravosos para o investigado ou denunciado<sup>1303</sup>.

Entretanto, seria oportuno, nos moldes do art. 28º, n.º 2, da CRP, segundo o qual “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”, que o constituinte brasileiro consignasse por meio de reforma uma regra similar ao mandamento constitucional português. Certamente, haveria um impulso, no sentido de diminuir sua insistência nos casos desnecessários.

Há no Brasil, todavia, uma cultura prisional que permeia a história do Poder Judiciário. O juiz brasileiro quando recebe um auto de prisão em flagrante ou realiza uma audiência de custódia, desde logo pensa em decretar a prisão preventiva, só excepcionalmente cogita medidas cautelares menos restritivas<sup>1304</sup>.

Por isso a necessidade de uma regra constitucional como a portuguesa, a fim de remover o apego institucional à prisão. É verdade que a Lei n.º 12.403 de 2011, que inseriu o § 6º no art. 282, do CPP, reconhece a *ultima ratio* da prisão preventiva<sup>1305</sup>, porém não nos parece suficiente. Aliás, o STF, no *Habeas Corpus* 137.728 de 2017, reconheceu a excepcionalidade da prisão preventiva a partir da redação do art. 5º, inc. LXVI, CF. Esse princípio, com o da presunção de inocência, impedem a antecipação da pena por meio da

---

<sup>1303</sup> Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; *Processo Penal*, p. 960. Segundo Alberto Boviano e Paola Bigliani, o princípio fundamental que regula toda a instituição da detenção preventiva é o princípio da excepcionalidade. Para eles, a principal consequência que decorre da excepcionalidade do cárcere preventivo consiste em restringir sua aplicação aos casos em que não exista possibilidade alguma de garantir os fins do processo de outra maneira. Esse caráter, portanto, surge da combinação entre o direito à liberdade e a proibição de aplicar uma pena antes da condenação (BOVIANO, Alberto; BIGLIANI, Paola; *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 36).

<sup>1304</sup> Em correta crítica, Badaró dispara que “o magistrado que continuar a raciocinar a partir da prisão preventiva, como primeira, principal e preferencial medida, eventualmente podendo ser ‘substituída’ por ‘outra medida cautelar’, tal qual um ‘favor judicial’ ou um ‘benefício’ generosamente concedido ao acusado, estará violando o caráter subsidiário da prisão e o reconhecimento da liberdade do acusado como regra no processo. A redação do dispositivo deveria ser, portanto, ‘quando não for cabível medida cautelar diversa da prisão (art. 319) o juiz poderá determinar a prisão preventiva’” (*idem, ibidem*).

<sup>1305</sup> Segundo Badaró, “a nova redação do § 6º do art. 282 do CPP, dada pela Lei n.º 12.403/2011, deixa claro que a prisão preventiva é medida excepcional, somente podendo ser aplicada quando for adequada nenhuma das medidas alternativas: ‘a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)’. Isto é, somente se decreta prisão preventiva quando todas as outras medidas menos gravosas se mostrem inadequadas para afastarem a situação de perigo que justifica a necessidade de se impor alguma medida cautelar. Ou, o que seria o reverso da medalha, as medidas cautelares alternativas à prisão são preferíveis em relação à prisão preventiva” (*Processo Penal*, p. 960).

prisão preventiva <sup>1306</sup>. Porém, como inexistente Súmula vinculante, precedente como esse ainda não é capaz de introduzir no sistema de justiça brasileiro, um *standard* de prevalência das medidas cautelares não prisionais.

Essa vedação passou a ser expressa com o art. 313, § 2º, do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964 de 2019, segundo o qual “não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como de conveniência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”. Porém, pensamos que só uma regra constitucional será capaz de mudar o panorama brasileiro.

O princípio da excepcionalidade está presente em diversos precedentes da Corte IDH<sup>1307</sup>. Ela só terá lugar quando se perceber, por conta dos indícios consistentes, que a liberdade do imputado comprometerá “o regular desenvolvimento ou a eficácia da atividade processual”<sup>1308</sup>. Entre os vários casos, merece atenção o julgado *López Álvarez vs. Honduras* de 2006, que reconheceu a exceção da medida, sobretudo porque diz respeito àquela mais severa que pode ser decretada contra um investigado<sup>1309</sup>.

Frise-se, mais uma vez, que a regra é o direito à liberdade, salvo em caso de condenação que permita a execução da pena de prisão. Por isso mesmo, por conta do princípio da presunção de inocência, a prisão preventiva é medida excepcional, que só deve ser usada quando “evidenciada sua extrema necessidade”<sup>1310</sup>.

---

<sup>1306</sup> Segundo o Relator para o acórdão Ministro Dias Toffoli, “a presunção de inocência, aqui, imbrica-se com outros direitos individuais, uma vez que a prisão provisória derivada meramente da imputação se desveste de sua indeclinável natureza cautelar, perde seu caráter de excepcionalidade (CF, art. 5º, LXVI), traduz punição antecipada – violando o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) – e resulta no tratamento do imputado como culpado” (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 13-03-2018).

<sup>1307</sup> Cf. Caso *López Álvarez* 2006, Caso *García Asto y Ramírez Lojas* 2005, Caso *Acosta Calderón* 2005 (Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 12.03.2018). É a conclusão a que chegam Alberto Boviano e Paola Bigliani: “En conclusión, el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo ha sido afirmado reiteradamente por la doctrina especializada, por los precedentes de la Comisión y de la Corte Interamericanas y por diversos instrumentos. Ello implica que la vigencia de este principio resulta hoy indiscutible” (BOVIANO, Alberto; BIGLIANI, Paola; *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 38).

<sup>1308</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães; *Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais. Comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011*. In: *Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 22.

<sup>1309</sup> Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 12.03.2018.

<sup>1310</sup> Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; *Reforma Tópica do Processo Penal*, ob. cit., p. 425.

Faz-se mister registrar que no Brasil, subsiste um dado concreto da realidade que concerne ao “estado de exceção” do sistema prisional. Os indignos cárceres brasileiros<sup>1311</sup> e a presença das facções<sup>1312</sup> gravam com letra maiúscula a necessidade de excepcionalizar ao máximo a prisão preventiva.

Os processos com réus presos preventivamente devem correr com absoluta prioridade. Além do que, tal medida pode interferir no julgamento, porque o juiz pode ser induzido a condená-los a uma pena equivalente ao tempo da prisão preventiva, conforme declara o Informe n. 35/2007 da Comissão IDH, com esteio em dois precedentes da Corte EDH (*E.M.K vs. Bulgária* de 2005, e *Wemhoff vs. Alemanha* de 1968)<sup>1313</sup>.

O comando contido no art. 282, § 6º, do CPP dá conta de que a prisão preventiva só será cabível quando for o último instrumento a ser determinado pelo juiz, sem embargo de examinar, paralelamente, a necessidade, a adequação e insuficiência das demais medidas previstas no Código<sup>1314</sup>. Nesse contexto, segundo Aury, “excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade devem caminhar juntas”<sup>1315</sup>.

Diante do aumento das prisões preventivas, impõe-se substituí-las<sup>1316</sup> por medidas cautelares diversas da prisão. Não é possível, que não obstante as modificações legislativas, notadamente a protagonizada pela Lei n. 12.403/2011, que autoriza o emprego de outras medidas, continuem o massivo encarceramento preventivo, em detrimento da

---

<sup>1311</sup> Antonio Pedro Melchior, nota que “a constituição de um saber processual de batalha para enfrentar o problema das medidas cautelares em geral, e da prisão, em particular, é o nosso maior desafio. A realidade do país é lamentável, com cárceres onde não se respira, superlotação e doenças. Uma máquina de triturar pessoas e expectativas, humilhar famílias e sentenciar permanentemente o preso ao sofrimento. Um processo penal que não tem este funcionamento concreto como pilar de sua teoria e prática deve se assumir como ferramenta a serviço do poder para impor dor e mais nada (A Teoria Crítica do Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 128. ano 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 58).

<sup>1312</sup> O Deutsche Welle (DW) realizou um estudo sobre as facções no Brasil e chegou à conclusão que subsistem cerca de 83 facções criminosas que exercem poder e influência dentro das unidades prisionais e dos cárceres provisórios (Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brasil-tem-pelo-menos-83-facções-em-presídios>. Acesso em: 05.11.2018).

<sup>1313</sup> Cf. BOVIANO, Alberto; BIGLIANI, Paola; *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

<sup>1314</sup> Cf. LOPES JR, Aury; *Prisões Cautelares. Lei n. 12.403/2011*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42.

<sup>1315</sup> *Idem*, p. 43.

<sup>1316</sup> Sobre a banalização das prisões preventivas no Brasil, com precisão escreve Aury Lopes Jr: “No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Além do mais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, e somente após prender, uma vez suficientemente demonstradas o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*” (*idem*, p. 43).



liberdade e do estado de inocência. Do contrário, há-de se concordar com Aury Lopes, segundo o qual “o problema não é legislativo, mas cultural”<sup>1317</sup>.

Com a Lei n. 13.964 de 2019, o art. 282, § 3º, do CPP impõe ao juiz o dever de motivar circunstancialmente a existência de “elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional”<sup>1318</sup>, bem como motivar a razão pela qual mostra-se incabível outras medidas cautelares. Essa derradeira regra decorre da nova redação dada ao art. 282, § 6º, do CPP, segundo a qual “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”.

Com isso, surge uma expectativa em relação à diminuição das prisões preventivas, na medida em que o juiz está agora obrigado a explicar porque não impôs um medida cautelar diversa da prisão preventiva. Ou seja, não basta dizer o porquê da prisão preventiva, obriga-se a motivar o porquê da não aplicação das outras medidas.

## 5. O princípio do contraditório

Por conta do justo processo, o princípio do contraditório também deve reger a prisão preventiva<sup>1319</sup>, mesmo que possa se chocar com a urgência de sua decretação. Será possível contestar a medida, uma vez que a pessoa “tem o direito a ser ouvida”, bem como colaborar com o juiz para a sua decisão<sup>1320</sup>.

---

<sup>1317</sup> *Idem*, p. 44.

<sup>1318</sup> Art. 282, § 3º, CPP. Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

<sup>1319</sup> Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; *Processo Penal*, p. 959; LOPES JR., Aury; *Direito Processual Penal*, p. 792.

<sup>1320</sup> Segundo Agostino De Caro, “(...) Si può affermare, senza alcun dubbio, che il contraddittorio ‘serve al giudice’ perché orienta la decisione e definisce una delle dimensioni essenziali del giusto processo. Ogni segmento della giurisdizione penale si deve articolare attraverso un discorso a ter, che coinvolge direttamente e necessariamente parti e giudice in una continua relazione dialettica” (*Trattato di Procedura Penale. Prove e Misure Cautelari. Tomo II. Le Misure Cautelari*. A cura di Adolfo Scalfati. Torino: Utet Giuridica, 2006, p. 26).

Em caso de prisão, toda pessoa deve ser informada das respectivas razões dela, como prevê o art. 7º, n.º 4, da CADH<sup>1321</sup>. Com isso, será possível identificar se a prisão é lícita, assim como viabilizar sua impugnação. Depois, reza o art. 7º, n.º 5, da CADH<sup>1322</sup>, que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida sem demora à presença de um juiz que decidirá sobre sua prisão. E ainda, o art. 8º, n.º 1, da Convenção ADH<sup>1323</sup> garante a toda pessoa o direito de ser ouvida por um juiz independente e imparcial (*right to a hearing*)<sup>1324</sup>.

Sem embargo, o princípio do contraditório está gravado no art. 5º, inc. LV, da CF de 1988<sup>1325</sup>, quando prevê que os acusados em geral, portanto àqueles que também estão sendo presos por motivos processuais, possuem o direito ao contraditório e a ampla defesa. Essa garantia, por óbvio, deve se estender no curso de toda a persecução criminal<sup>1326</sup>. No ano de 2015, o STF julgou uma medida cautelar requerida no bojo da ADPF n.º 347. Essa decisão se revelou de suma importância, na medida em que enfrentou o grave problema do sistema penitenciário brasileiro, sob o ângulo da tese<sup>1327</sup> concernente ao “estado de coisas inconstitucional”<sup>1328</sup>.

---

<sup>1321</sup> Art. 7º, n.º 4., Convenção ADH. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

<sup>1322</sup> Art. 7º, n.º 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

<sup>1323</sup> Art. 8º, n.º 1. 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.

<sup>1324</sup> Cf. ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *The American Convention on Human Rights*, p. 179.

<sup>1325</sup> Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa; *Processo Penal 1*, p. 46; cf. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*, p. 187.

<sup>1326</sup> Cf. LOPES JR., Aury; *Direito Processual Penal*, p. 792.

<sup>1327</sup> Consoante destacou o Min. Relator Marco Aurélio em seu voto, “O requerente diz estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, de ‘estado de coisas inconstitucional’. Segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Corte Constitucional da Colômbia, *Sentencia* n.º SU-559, de 6 de novembro de 1997; *Sentencia* T-068, de 5 de março de 1998; *Sentencia* SU – 250, de 26 de maio de 1998; *Sentencia* T-590, de 20 de outubro de 1998; *Sentencia* T – 525, de 23 de julho de 1999; *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998; *Sentencia* T – 025, de 22 de janeiro de 2004)” (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso: 29-06-2018).

<sup>1328</sup> Cf. SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha; Encarceramento em Massa e Estado de Exceção: o julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental 347. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 2017. N. 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; cf. GUIMARÃES PASSOS, Ana Beatriz; LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; GRAVA, Guilherme Saraiva; O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de

Em resumo, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) moveu essa ADPF n.º 347 invocando a tese do “estado de coisas inconstitucional”, contra a União, os Estados e o Distrito Federal, por conta da violação contundente aos direitos fundamentais dos presos no Brasil<sup>1329</sup>, evidenciado pelo quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões brasileiras.

O STF decidiu, entre outras medidas, que “aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão”.

Em atenção à decisão prolatada na ADPF n.º 347, mas sobretudo por razões de política criminal, decorrente do crescimento exponencial das prisões preventivas no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução n.º 213 de 15 de Dezembro de 2015, que “dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas”<sup>1330</sup>.

Com a Lei n. 13.964 de 2019, o instituto da audiência de custódia passou a ter previsão expressa, nos termos do art. 310, do CPP. Para além disso, tornou-se pressuposto da legalidade da prisão a realização dessa audiência, dado que na hipótese de transcorrido o prazo de 24 horas, “a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea

---

políticas públicas. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)* n. 283 – Junho 2018. São Paulo: Ibccrim, 2018.

<sup>1329</sup> Segundo o voto do Relator, com base na petição movida pelo PSOL, “O autor aponta violações sistemáticas de direitos fundamentais dos presos decorrentes do quadro revelado no sistema carcerário brasileiro. O Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, comparou as prisões brasileiras às ‘masmorras medievais’. A analogia não poderia ser melhor. Dados da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009), do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos, cuja representação ao autor deu origem a este processo, confirmam o cenário descrito pelo requerente. Segundo as investigações realizadas, a população carcerária, maioria de pobres e negros, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Sem levar em conta o número de presos em domicílio, o déficit é de 206.307, subindo para 354.244, se computado. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. Tendo presentes apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em quarto lugar, após a Rússia” (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso: 29-06-2018).

<sup>1330</sup> Mais uma vez, observa-se que o STF aplica diretamente as normas contidas na Convenção ADH e no Pacto IDCP, de modo a evidenciar aquela circularidade normativa referida por Canotilho e Nuno Brandão (Colaboração Premiada: Reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 25. vol. 133. julho de 2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017).

ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva” (§ 4º do art. 310, do CPP)<sup>1331</sup>.

Com razão, antes mesmo do emprego da “audiência de custódia” no Brasil por meio de provimento administrativo editado pelo CNJ e agora pela Lei n. 13.964 de 2019, que impõe a condução imediata do preso em flagrante à presença de um juiz que decidirá sobre seu *status libertatis*, Aury Lopes Jr sustentava essa necessidade, pautada na regra contida no art. 8º, n.º 1, da CADH, como medida eficaz para assegurar o exercício do contraditório, ainda que em sede de prisão cautelar<sup>1332</sup>.

Também está relacionado ao contraditório o conceito de justo processo ou processo equitativo<sup>1333</sup>. Esse, linhas gerais, significa que qualquer atividade jurisdicional deve ser consubstanciada em garantias processuais de estirpe constitucional, sobretudo pela independência e imparcialidade do juiz<sup>1334</sup>.

---

<sup>1331</sup> Registe-se que o STF suspendeu liminarmente a eficácia desse dispositivo (MC ADI 6.298).

<sup>1332</sup> Segundo Aury Lopes Jr.: “Falar em contraditório em sede de medida cautelar, há alguns anos, era motivo de severa crítica, senão heresia jurídica. Mas ele é perfeitamente possível e sempre reclamamos sua incidência. Obviamente, quando possível e compatível com a medida a ser tomada. Ainda que seja um ilustre desconhecido do sistema cautelar brasileiro, o contraditório é muito importante e perfeitamente compatível com algumas situações de tutela cautelar. Nossa sugestão sempre foi de que o detido fosse desde logo conduzido ao juiz que determinou a prisão, para que, após ouvi-lo (um interrogatório restrito à inquirição sobre a necessidade ou não da prisão, já que o caso penal deve ser objeto de interrogatório ao final do procedimento), decida fundamentadamente se mantém ou não a prisão cautelar. Por meio de um ato simples como esse, contraditório realmente teria sua eficácia de ‘direito à audiência’ e, provavelmente, evitaria muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias. Ou, ainda, mesmo que a prisão se efetivasse, haveria um mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido, na medida em que, ao menos, teria sido ‘ouvido pelo juiz’. Para os ‘operadores’ do Direito já imunizados pela insensibilidade, isso pode não representar muito, mas com certeza, para quem está sofrendo a medida, é um ato da maior relevância. Não sem razão, o art. 8º, 1, da CADH (Convenção Americana de Direitos Humanos) determina que ‘toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente (...)’” (*Prisões Cautelares. Lei n. 12.403/2011*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33).

<sup>1333</sup> Na esteira dos Acórdãos *Sunday Times* de 1979 e *Delcourt* de 1970, da Corte EDH, Ireneu Cabral Barreto, comenta que “a garantia de um processo equitativo tornou-se num princípio fundamental da preeminência do Direito; por isso, numa sociedade democrática, no sentido da Convenção, o direito a um processo equitativo ocupa um lugar tão essencial que uma interpretação restritiva do artigo 6º não corresponderia ao fim e ao objeto desta disposição” (*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, ob. cit., p. 149).

<sup>1334</sup> Cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*, p. 70; cf. TONINI, Paolo; *Manuale di Procedura Penale*, p. 40; cf. ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *The American Convention on Human Rights*, p. 174.

No caso particular do contraditório, em se tratando de prisão preventiva, mesmo nos casos em que há a urgência na decretação pelos riscos processuais envolvidos<sup>1335</sup>, onde não será possível submeter ao debate uma decisão, esse contraditório poderá ser realizado em dois momentos: a) o primeiro diante da autoridade judicial que convalidará a decisão, quando o imputado poderá declarar suas razões contrárias à prisão preventiva; b) o segundo na articulação dos recursos processuais aptos à sindicância da decisão perante as instâncias superiores.

O princípio do contraditório, igualmente, verificar-se-á quando houver a necessidade de substituir, revogar, reforçar ou atenuar medidas cautelares impostas no curso do processo penal, sobretudo quando diz respeito à prisão preventiva<sup>1336</sup>, salvo obviamente, nos casos cuja decisão reclame urgência, sob pena de perda de sua eficácia e comprometimento do objetivo da medida cautelar.

Portanto, garante-se à pessoa sujeita à prisão preventiva o direito de questioná-la, como consequência do princípio do contraditório, frente ao juiz que a decretou<sup>1337</sup>.

---

<sup>1335</sup> Por exemplo, consoante exposição de Gomes Filho: “Como já referido, é evidente que nas situações de excepcional urgência que autorizam a prisão cautelar, nem sempre será possível atender, de forma plena e antecipada, a essa exigência de participação dos interessados no provimento, sob pena de tornar-se inócua a medida. Pense-se, como exemplo, na situação do acusado que diante da notícia do processo já prepara a fuga; informa-lo sobre um pedido de prisão preventiva, para que venha a defender-se, exercendo o contraditório, seria na prática, mais um incentivo para concretizar o seu intento e frustrar os efeitos de uma eventual decisão acautelatória. Mas isso não basta – é claro – para que se afaste, sem mais, esse importante garantia, permitindo ao juiz emitir um provimento sem considerar as provas e razões do requerido. Casos haverá em que o completo atendimento do contraditório não traz nenhum risco para a efetividade da cautela (como, v.g., na situação de acusado preso por outro motivo), sendo de rigor, portanto, conceder-se à defesa oportunidade de manifestação; o mesmo deve ser dito em situações em que já existam nos autos elementos favoráveis à defesa, que necessariamente devem ser apreciados pelo juiz” (idem, p. 31).

<sup>1336</sup> Regista, a propósito, Gustavo Henrique Badaró: “Destaque-se que a exigência de contraditório prévio é aplicável, tem tese, tanto à prisão preventiva quanto às medidas alternativas à prisão. Afirma-se ‘em tese’ porque, segundo o que normalmente acontece, haverá perigo de ineficácia da decretação de prisão preventiva se a decisão judicial for precedida pelo contraditório de partes. De qualquer forma, mesmo em relação à prisão, não se pode, porém ‘exagerar-se o perigo, nem pressupô-lo. Por seu turno, no caso de medidas alternativas à prisão, muitas vezes o contraditório prévio em nada comprometerá a sua eficácia. Além dos casos de decretação da medida cautelar, embora o texto legal não o diga, o contraditório prévio deverá ser aplicado nas hipóteses de: (1) revogação da medida cautelar; (2) substituição da medida cautelar por outra, mais gravosa ou mais benéfica; (3) reforço da medida cautelar, por acréscimo de outra medida em cumulação (que não deixa de ser ‘pedido de medida cautelar’); (4) atenuação da medida cautelar, pela revogação de uma das medidas anteriormente impostas cumulativamente com outra” (*Processo Penal*, p. 959).

<sup>1337</sup> No que tange à prisão preventiva, especificamente em relação ao princípio do contraditório, sublinha Julio Maier em relação ao instituto na Argentina: “Para la legislación tradicional argentina, la decisión que impone o evita la prisión preventiva – en forma de auto de procesamiento o de falta de mérito – es, de ordinario, la resolución de la primera aplicación del principio de contradicción en el proceso penal, decisión que valora la oposición – meramente eventual – entre la imputación originaria y la oportunidad inicial de defensa del imputado cuando se le comunica aquella atribución de hechos punibles. Es por ello que, como se

Naturalmente que nas situações urgentes, poderá ser decretada sem a oitiva prévia do sujeito, desde que motivada e garantido o contraditório *a posteriori*.

## 6. O princípio da proporcionalidade

Este princípio, que possui estreita conexão com o princípio da proibição do excesso<sup>1338</sup> (*Übermaßverbot*), cuja incidência em Portugal e na Alemanha representa um pressuposto à imposição da prisão preventiva, propõe que toda e qualquer medida deve guardar uma relação de proporção com os objetivos pretendidos<sup>1339</sup>.

Por exemplo, não seria proporcional, consequentemente contrário ao princípio, uma medida cautelar que implique privação da liberdade pessoal, quando inexistente pena prevista dessa natureza para o crime cometido (*Verhältnismäßigkeit*)<sup>1340</sup>.

Em relação à prisão preventiva, ela também deve ser proporcional à sanção penal em perspectiva, ou seja, que da possível condenação decorra uma pena privativa da liberdade pessoal. Portanto, nem mais, nem menos, mas segundo a medida necessária à

---

trata regularmente de la primera resolución de mérito con consecuencias graves para el imputado, la ley procesal quiera darle la oportunidad de expresarse respecto de esa imputación antes de que el tribunal decida. La declaración indagatoria, primera declaración formal sobre el hecho del imputado, como acto procesal reglado, maguer su origen inquisitivo, es, para esa legislación, el presupuesto formal – defensivo – para la validez de la decisión que procesa y ordena la prisión preventiva. Cuando la prisión preventiva es decidida durante el curso del procedimiento penal, por revocación de la falta de mérito o de la libertad gozada por el imputado durante el procedimiento, la ley no exige tal presupuesto formal, por otra parte ya cumplido, pero no resulta viciado el consejo de conceder oportunidad de defensa previo a resolver, sin perjuicio de operar la detención inmediatamente y sin audiencia en los casos urgentes que no admitan dilación (peligro próximo de fuga o de entorpecimiento)” (*Derecho Procesal Penal. Tomo I., ob. cit.*, p. 416).

<sup>1338</sup> Cf. KREY, Volker; HEINRICH, Manfred; *Deutsches Strafverhafsrensrecht. Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung. 2., Auflage.* Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2019, p. 711. Expressão dada por Maurach (*übermassverbot*), significa isso dizer que “toda intervención estatal gravosa de la esfera jurídica de un individuo está así sometida al mandado de la proporcionalidad del medio empleado. De este modo, la prohibición del exceso representa una relación de medio a fin adecuada al principio del Estado de Derecho, válida para toda actuación estatal, es decir, también para la aplicación de penas y medidas” (LIBARONA, Mariano Cúneo; GARRIDO, Augusto Nicolás; *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I, ob. cit.*, p. 474).

<sup>1339</sup> Cf. TOMÉ GARCÍA, José Antonio; *Curso de Derecho Procesal Penal*, p. 292.

<sup>1340</sup> Segundo Eugênio Pacelli, “faz-se, então, um juízo de ponderação entre a necessidade das cautelares e a efetividade do processo” (*Curso de Processo Penal*, p. 315).

satisfação das finalidades processuais penais centradas na realização da justiça e no restabelecimento da paz jurídica rompida com o crime<sup>1341</sup>.

Então, como prevê tanto o § 112 (1) StPO alemão, quanto o art. 193º do CPP português, uma prisão preventiva só terá lugar quando uma sanção privativa da liberdade revelar-se previsível, por conta do princípio da proporcionalidade.

Com isso, o princípio coloca-se como um pressuposto material e como um critério de exclusão da prisão preventiva<sup>1342</sup>. Isto é, caso não seja factível, em juízo de prognose, uma pena concreta de reclusão, mostrar-se-á incabível a prisão preventiva.

Por exemplo, pensemos no caso de alguém acusado pelo crime de tentativa de roubo simples, nos termos do art. 157, *caput*, do CP, com art. 14, inciso II, do CP. Pois bem, tendo em conta um juízo de prognose, ainda que futuramente condenado, não lhe será imposta uma pena condenatória que implique privação da liberdade de locomoção. Decerto, caso procedente a denúncia, prevê-se uma pena não maior que 4 (quatro) anos de reclusão, de modo a ser cumprida em regime aberto, nos termos do art. 33, §2º, alínea “c”, do CP. Então, não é razoável mantê-lo preso preventivamente, quando uma vez condenado, não lhe será imposto o regime fechado ou mesmo o regime semiaberto.

Tal como o StPO e o CPP português, o art. 275, do CPP italiano impõe como critério pertinente à escolha da medida cautelar adequada, uma relação de proporcionalidade entre os fatos e as sanções previsíveis. De acordo com o art. 275, n.º 2, «*Ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata (2) o si ritiene possa essere irrogata*».

Segundo Paolo Tonini, essa norma é favorável ao imputado, na medida em que impede que lhe seja imposta uma medida cautelar excessivamente aflitiva. Nesse sentido, explica que «*il codice vuole evitare che venga fatto un uso spregiudicato delle singole*

---

<sup>1341</sup> No Brasil, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 103. Jan/dez 2008. São Paulo.

<sup>1342</sup> Para Sarah Siepmann, “Namentlich gibt § 112 Abs. 1 Satz 2 StPO vor, dass die Unverhältnismäßigkeit ein gesetzlicher Ausschlussgrund der U-Haft ist. Unverhältnismäßigkeit ist gegeben, wenn die Haft zu der Bedeutung der Sache und der zu erwarteten Strafe oder Maßregeln der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht. Aus dieser Systematik wird gefolgert, dass es sich bei unverhältnismäßigkeit um einen Haftausschlussgrund handelt. Unverhältnismäßigkeit muss mithin positiv festgestellt werden, die Verhältnismäßigkeit darf nicht nur Zweifelhaft sein in dubio pro reo gilt diebezüglich also nicht” (*Die Entwicklung einer gesetzlichen Basis für das Recht der Untersuchungshaft auf Bundes und auf Landesebenen (Das BayUVollzG)*, p. 36).

*misura, e cioè che le stesse siano applicate per anticipare un provvedimento afflittivo in casi nei quali la sentenza di condanna inciderà poco o nulla sulla libertà del colpevole»*<sup>1343</sup>. Por seu turno, Antonio Cristiani vê nisso um apelo ao princípio da concretude (*principio di concretezza*), pois há-se se ponderar o caso concreto, no afã de impor uma medida cautelar que seja proporcional a pena que será imposta na hipótese de condenação<sup>1344</sup>. Decerto, toda medida cautelar deve ser proporcional ao fato e a sanção que possa ser imposta em razão desse crime numa superveniente condenação. Para um regime aberto em perspectiva, seria pertinente uma medida cautelar diversa da prisão.

No direito alemão, como dito anteriormente, o § 112 do StPO cuida da relação de proporção que deve subsistir entre o crime cometido e a pena que possa ser imposta ao cabo do processo<sup>1345</sup>. Em verdade, trata-se de um pressuposto da prisão preventiva (*Untersuchungshaft*) contido no StPO.

Para Heribert Ostendorf, com base no §112 do StPO, três são os pressupostos materiais da prisão preventiva: a) *dringender Taverdacht* (forte suspeita); b) *Haftgrund* (motivo para a prisão); c) *Verhältnismäßigkeit von Straftat bzw. zu erwartender Strafe und Freiheitsentziehung* (proporcionalidade entre o crime cometido e a respectiva pena ou privação de liberdade esperada)<sup>1346</sup>.

No Brasil, muito embora inexista previsão no CPP nesse sentido, há precedentes do STJ, sob o vértice de princípio da homogeneidade, como corolário do princípio da

---

<sup>1343</sup> *Manuale di Procedura Penale*, p. 438.

<sup>1344</sup> Segundo o professor italiano: “I critériodi scelta delemisure, che riflettono le già accennate direttive del legislatore delegante, sono raccolti nell’art. 275 alla luci di umoportunoprincipio di concretezza. L’esperienzadel passato insegnava, infatti, come nell’apparente specifica motivazione dei provvedimenti, si potesse annidare il rischio di affermanzioni di carattere astratto, virtualmente polivalenti, che finivano per dimostrarsi niente più che trasi di stile. Ancora, il principio di adeguatezza, che riflette quello di gradualità, viene ad essere normativamente completato con il critérioper il quale ogni misura deve essere proporzionata all’entità del fatoe alasanzione che si ritiene possa essere irrogata: principio, quest’ultimo, già presente nel vecchioordenamentoprocessuale nell art. 277 bis”(Manuale del Nuovo Processo Penale. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1991, p. 242).

<sup>1345</sup> Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; KRÜMPLEMAN, Justus; *Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht*, p. 954; cf. MEYER-GOßNER, Lutz; *Strafprozessordnung*, p. 507; cf. PAEFFGEN, Hans-Ullrich; *SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK*, p. 822.

<sup>1346</sup> *Strafprozessrecht*. 2. Auflage. Nomos: Baden-Baden, 2015, p. 140; Gerd Pfeiffer registra, na mesma direção, que a prisão preventiva deve respeitar o princípio da proporcionalidadena sua aplicação (*Strafprozessordnung Kommentar*. 5. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2005, p. 271).



proporcionalidade. Para a Corte, não seria legítima uma medida cautelar mais grave que a pena imposta no final do processo<sup>1347</sup>.

De início, consoante registo de Gomes Canotilho, o princípio da proibição do excesso (*Übermaßverbot*) dirigia-se à atividade administrativa principalmente dedicada à defesa e segurança pública dentro do Estado de Direito (*Rechtsstaat*)<sup>1348</sup>.

---

<sup>1347</sup> HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CONCUSSÃO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. 3. PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. MEDIDA MAIS SEVERA DO QUE A POSSÍVEL PENA APLICADA EM CASO DE EVENTUAL CONDENAÇÃO. 4. AFASTAMENTO CAUTELAR DO CARGO PÚBLICO. PROVIDÊNCIA SUFICIENTE PARA O RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA E PARA A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DESNECESSIDADE, NO CASO, DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 5. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente -a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal. 2. Segundo o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, não se afigura legítima a custódia cautelar quando sua imposição se revelar mais severa do que a própria pena imposta ao final do processo em caso de condenação. 3. No caso, considerando-se a definição jurídica atribuída aos fatos -arts. 288 e 316, c/c o art. 71, na forma do art. 69, todos do Código Penal -, dos quais não se extrai a violência ou a grave ameaça, bem como a pena mínima prevista para cada um deles -1 (um) ano de reclusão e 2 (dois) anos de reclusão -, tornou-se possível visualizar a ausência de razoabilidade e proporcionalidade da custódia antecipada. 4. Ademais, o Código de Processo Penal é categórico ao dispor, em seu art. 282, § 6º, que "a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)". Na hipótese, foi imposta à paciente -fiscal da Vigilância Sanitária do Rio de Janeiro -a medida cautelar de afastamento do cargo público, o que enfraquece a necessidade da prisão processual. Se o que se busca com a prisão preventiva, na espécie, é o resguardo da ordem pública, evitando-se a reiteração delitiva, bem como a preservação da instrução criminal, a providência de afastamento cautelar do cargo, somada à proibição de contato com as testemunhas do processo e com os corréus, já se presta para tanto, especialmente se considerado que os crimes imputados à paciente possuem intrínseca ligação com a função pública que exerce. 5. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade, merecem ser devidamente valoradas quando demonstrada a desnecessidade da medida excepcional de prisão, como ocorre, ao menos por ora, no caso dos autos. 6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício a fim de revogar a prisão preventiva da paciente, se por outro motivo não estiver presa, mediante termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, a ser firmado perante o Juízo de primeiro grau, sendo-lhe vedado, sem prejuízo do afastamento cautelar da função pública já ordenado, manter contato com as testemunhas do processo e com os corréus, nos moldes do disposto no art. 319, III, do Código de Processo Penal, resguardado ao Magistrado singular a possibilidade de decretação de outras medidas cautelares diversas da prisão, se demonstrada sua necessidade, estendendo-se os efeitos da presente ordem, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, aos demais corréus com idênticas imputações, com exceção do corréu Evanildo Oliveira, cuja acusação é diversa e, por isso, não aproveita os fundamentos desta decisão. (HC 281.854/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 19/12/2013).

De modo geral, as medidas restritivas de direitos só devem ser usadas quando proporcionais aos objetivos pretendidos, por isso mesmo não podem mitigar a substância do direito em discussão. É preciso, no ponto, dosar a liberdade e a segurança em uma mesma medida.

Num Estado de Direito democrático, quando se trata de normas que possam mitigar direitos fundamentais, mesmo constitucionalmente permitidas, elas só parecem legítimas quando tomadas à vista da proporcionalidade, por isso mesmo devem ser adequadas, isto é, própria à pretensão; e ainda, necessárias e proporcionais, ou seja, exigíveis e na medida justa<sup>1349</sup>.

É preciso ter em conta que uma medida como a prisão preventiva, invariavelmente, implicará num dano e numa dor. Por essa, entre muitas outras razões discorridas nesse estudo, ela não pode ser empregada de maneira ilegítima, arbitrária, desmedida, excessiva e desnecessária<sup>1350</sup>. Para limitar, ou melhor, impedir que a prisão preventiva ultrapasse sua necessidade processual de natureza cautelar, tem-se o princípio da proporcionalidade. Segundo Mariano Libarona e Nicolás Garrido, «*uno de esos limites, precisamente, es el principio de proporcionalidad que importa un freno a toda intervención estatal que afecte los derechos del ciudadano*»<sup>1351</sup>.

O art. 7º, n. 5º, da Convenção ADH, consigna uma situação própria do emprego do princípio da proibição do excesso ou proporcionalidade em matéria de cautelar processual penal<sup>1352</sup>.

---

<sup>1348</sup> *Idem*, p. 97. Segundo Canotilho, “o princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do estado, o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito (cfr. Art. 272º/1). Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição do excesso (*übermassverbot*)” (*idem*, p. 267).

<sup>1349</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães; *Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei n. 12.403, de 04.05.2011. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012, p. 25.

<sup>1350</sup> Cf. LIBARONA, Mariano; GARRIDO, Augusto; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, p. 471.

<sup>1351</sup> *Idem*, p. 471. Segundo Mariano Libarona e Augusto Garrido, “este principio establece que, por un lado, toda medida judicial que importe restringir los derechos del hombre o invadir sus esferas privadas debe ser proporcional (es decir, ésta debe ser legítima, razonable, adecuada, necesaria, que no pueda obtenerse por outro medio menos gravoso y proporcionada en comparación con la utilidad que se espera obtener) a la importancia del derecho afectado y al fin buscado con la ordenada diligencia (existe una relación de medio a fin) y, por otro, que las penas deben ser proporcionadas a la entidad y magnitud del delito cometido” (*idem*, p. 472).

<sup>1352</sup> Cf. ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *The American Convention on Human Rights. Essential Rights*, p. 164.

No caso, tendo em conta o carácter excepcional da prisão de quem responde um processo penal, uma pessoa contra quem pesa uma suspeita criminosa pode ser compelida a obedecer uma medida que dê segurança a sua presença no curso do processo. É o que declara a regra interamericana, em relação ao investigado, segundo a qual “sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”<sup>1353</sup>.

Por exemplo, a retenção do passaporte, a obrigação de comparecer em juízo regularmente e o monitoramento eletrônico constituem uma hipótese de conciliação entre o princípio da presunção de inocência e o escopo da busca da verdade, concomitantemente, responde a uma política criminal de descarceramento.

Para Jorge Miranda, relativamente ao princípio da proporcionalidade, “na linha da análise vinda da dogmática alemã, distinguem-se três subprincípios: idoneidade ou adequação, necessidade ou exigibilidade e racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*”<sup>1354</sup>. Por exemplo, “a prisão preventiva, de natureza excepcional, só pode ser admitida quando ‘outra medida mais favorável’ não possa ser aplicada (art. 28º, n.º 2)”<sup>1355</sup>.

Trata-se do “principal sustentáculo das prisões cautelares”<sup>1356</sup>. Por isso mesmo, o princípio deve orientar o juiz no exame do caso concreto, cabendo-lhe, para além de reconhecer indícios de autoria e identificar a prova da existência do crime, ponderar a medida mais proporcional e adequada<sup>1357</sup> ao delito em tese praticado.

---

<sup>1353</sup> Art. 7º, n. 5, Convenção ADH. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

<sup>1354</sup> *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1 Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 299.

<sup>1355</sup> *Idem*, p. 300.

<sup>1356</sup> LOPES Jr, Aury; *Prisões Cautelares*, 2013, p. 45.

<sup>1357</sup> Especificamente ao que intitula de subprincípio da necessidade, comenta Gomes Filho que: “O segundo subprincípio de decorre da proporcionalidade em sentido amplo é o da necessidade, que realça a otimização do grau de eficácia dos direitos fundamentais diante de suas possíveis limitações, obrigando o poder público a recorrer preferencialmente àquelas medidas menos lesivas aos direitos dos cidadãos. Com isso, preconiza-se a “intervenção mínima” ou a “alternativa menos gravosa”, dentre as medidas potencialmente aptas para atingir os fins perseguidos. Trata-se, pois, de um critério que leva em conta a comparação entre medidas diversas, todas aptas à consecução do fim desejado, levando o legislador, ou o juiz, a escolher aquela que for menos lesiva aos direitos fundamentais. No processo penal, isso deve levar a lei a prever outras medidas de restrição, que sejam menos gravosas do que a completa privação da liberdade, como ocorre na prisão preventiva, mas que possam satisfazer igualmente as exigências cautelares antes mencionadas. Do mesmo modo, cabe ao juiz, na apreciação do caso concreto, adotar, dentre as alternativas existentes no ordenamento e idôneas ao fim pretendido, aquela que implique a menor restrição possível à liberdade do acusado” (*idem*, p. 27).

Daí que, “se quaisquer das medidas previstas no art. 319 do CPP se apresentar igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como *ultima ratio* do sistema”<sup>1358</sup>.

Sem embargo, não se pode ignorar a situação pessoal do suspeito<sup>1359</sup>, dentro daquele paradigma do processo humano a que se refere Mario Valiante<sup>1360</sup>. Por outro lado, Aury Lopes Jr adverte sobre o eventual retrocesso oriundo do direito penal do autor, pois não raras vezes os antecedentes são considerados na adoção da medida cautelar<sup>1361</sup> restritiva da liberdade.

Eis a pertinência do *processo per l'uomo* de que cuidou Mario Valiante, no sentido de que o processo penal deve ser orientado a pessoa humana, ou seja, não um instrumento somente de eficiência judiciária, «*deve costituire anche e soprattutto un fatto nuovo di libertà, cioè di sviluppo della personalità dell'uomo della libertà, e di verifica dello stesso ideale di giustizia, essenziale per la crescita della società*»<sup>1362</sup>.

De toda sorte, os antecedentes criminais, invariavelmente, serão levados em conta na adequação da medida cautelar. É muito difícil, na prática, um inquérito instaurado ou uma ação penal em curso em desfavor do acusado, ainda que não julgados, serem desprezados pelo magistrado quando instado a decidir sobre um pedido de decretação de prisão preventiva.

Por exemplo, o STJ decidiu que a existência de atos infracionais julgados pelo Juizado da Infância e Juventude em desfavor do investigado ou acusado servem para motivar uma prisão preventiva em função do perigo à ordem pública, conquanto esses não

---

<sup>1358</sup> LOPES JR, Aury, 2013, *idem*, p. 46.

<sup>1359</sup> Como advogava Mario Valiante, para o qua “il giudice deve recepire direttamente gli aspetti umani della vicenda (immediatezza); deve incontrarsi con l'imputato e approfondirne la conoscenza (giudizio sulla personalità dell'imputato); deve adeguare i provvedimenti al caso concreto, ma anche all'imputato che è un individuo tutto diverso da ogni altro (individuazione delle misure di coercizione e della pena)” (*ob. cit.*, p. 32-33).

<sup>1360</sup> *Il Nuovo Processo Penale*, p. 32.

<sup>1361</sup> Cf. *Prisões Cautelares*, 2013, p. 46. De acordo com Aury: “Dessarte, ainda que o juiz não deva desconsiderar as condições do caso concreto, há que ter muito cuidado (especialmente pela via do controle da legalidade/necessidade da prisão, por parte dos tribunais) para não fazer um giro discursivo rumo ao superado direito penal do autor” (*idem*, p. 46). Até porque, segundo o próprio processualista, o princípio da proporcionalidade guarda conexão com o valor da dignidade da pessoa humana (cfr. *idem*, p. 47).

<sup>1362</sup> *Ob. cit.*, p. 22.

possam ser considerados tecnicamente como antecedentes criminais, vez que praticados quando o sujeito era menor de 18 (dezoito) anos<sup>1363</sup>.

Por outro lado, a prisão preventiva não será proporcional quando o crime não prevê, em abstrato, uma sanção privativa da liberdade. É evidente que não faz sentido uma prisão preventiva quando o delito sequer estabelece uma pena privativa de liberdade ou que ela possa ser substituída por uma restritiva de direitos<sup>1364</sup>.

Por exemplo, o § 113 (1) do StPO alemão consigna que não cabe prisão preventiva nos crimes que preveem pena de prisão menor que seis meses, mesmo baseado no risco de inquinação das provas (*Verdunkelungsgefahr*). Para Graf, trata-se de uma concretização normativa do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*)<sup>1365</sup>.

Nesses casos, quando o motivo para a prisão preventiva seja o perigo de fuga, impõe-se verificar em relação ao suspeito se (a) houve tentativas anteriores de obstrução ao

---

<sup>1363</sup> HC n.º 47.671 STJ, j. 18-12-2014.

<sup>1364</sup> Para Eugênio Pacelli, “o juízo de proporcionalidade em matéria de medidas cautelares estará autorizado pelos novos critérios de prisão preventiva, mas, também, dos velhos parâmetros para a aplicação da pena no Brasil. Veja, por exemplo, que, desde o ano de 1998, com a Lei n.º 9.714, a nossa legislação penal passou a ampliar as hipóteses de aplicação da pena restritiva de direitos, permitindo a substituição da privativa da liberdade para as condenações não superiores a quatro anos, se praticado o fato sem violência ou grave ameaça (art. 44, I, CP), não for o réu reincidente em crime doloso (art. 44, II, CP) e as circunstâncias pessoais do agente o recomendarem (art. 44, III, CP). Objetivo é óbvio: evitar o excesso de privações da liberdade. Nota-se, então, certo grau de proporcionalidade (no sentido da proibição do excesso!) entre a hipótese geral da prisão preventiva, conforme art. 313, I, CPP (crimes dolosos punidos com pena privativa superior a quatro anos) e a substituição da pena privativa de liberdade (art. 44, I, CP – condenação até quatro anos). No mesmo sentido, o disposto no art. 33, §2º, b, CP, permite o início de cumprimento de pena em regime aberto àquele que tenha sido condenado à pena não superior a quatro anos. Na mesma direção, têm-se prudência e proporção na vedação de imposição de quaisquer medidas cautelares – incluindo prisão preventiva – para as infrações às quais não seja prevista pena privativa da liberdade (art. 283, §1º, CPP). Como regra, nenhuma providência cautelar pode ser superior ao resultado pfinal do processo a que se destina tutelar” (*Curso de Processo Penal*, p. 517-517).

<sup>1365</sup> Em referência ao § 113 (1) StPO, Graf comenta que “Die Vorschrift schränkt für den Bereich der Kleinen Kriminalität die Anordnung der Untersuchungshaft ein. Sie stellt sich als eine gesetzliche Konkretisierung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips dar (vor §112 Rn 7). Auch im Anwendungsbereich des § 113 ist indes zusätzlich zu prüfen, ob der in §112 Abs. 1 S. 2 normierte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wegen der besonderen Umstände des Einzelfalles der Inhaftierung des Beschuldigten entgegensteht (vgl LR-Hilger Rn 1). Wenn die Straftat, deren der Beschuldigte dringend verdächtigt ist, nur mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bedroht ist, hat das nicht ohne Weiteres zur Folge, dass der Erlass eines Haftbefehls gegen den Verhältnismäßigkeit verstößt (§112 Rn 50)” (*Strafprozessordnung. Karlsruher Kommentar*, p. 662).

processo ou preparativos para um voo, (b) não possui residência no território ou (c) não for possível realizar sua identificação, nos termos do § 113 (2) do StPO<sup>1366</sup>.

No HC n.º 104.188, por exemplo, o STF decidiu cassar a decisão de um juiz que manteve a prisão preventiva de um acusado, mesmo diante da sentença que determinou o regime semi-aberto<sup>1367</sup>. É evidente a desproporcionalidade dessa medida cautelar e a pena imposta. Nada impede, porém, substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar compatível, como o monitoramento eletrônico ou comparecimento periódico em juízo<sup>1368</sup>.

Guilherme Nucci, por exemplo, considera três elementos para aferir a proporcionalidade em relação à duração da prisão preventiva, dado que o sistema jurídico brasileiro não encerra um tempo limite. Para ele, o juiz deve levar em conta: a) gravidade concreta do crime; b) as penas cominadas; c) as condições pessoais do imputado<sup>1369</sup>.

Como consequência do princípio, Mariano Libarona e Augusto Garrido propõe as seguintes consequências: i) toda intervenção deve ser legítima, por isso deve estar prevista em *lei*; ii) deve ser razoável, ou seja, lógica, equitativa, justificada e não arbitrária; iii) a intervenção deve ser adequada para alcançar a finalidade perseguida; iv) será necessária quando se evidencia que o juiz não dispõe de nenhum outro meio para obter resultado pretendido; v) deve ser proporcional em comparação com a utilidade que se espera da medida<sup>1370</sup>.

Para Mariano Libarona e Augusto Garrido, deve subsistir uma relação de proporcionalidade entre os níveis de suspeita e as medidas de intervenção nos direitos fundamentais<sup>1371</sup>. Isto é, no caso de uma suspeita pouco consistente, seria desproporcional uma medida coercitiva como uma prisão preventiva.

---

<sup>1366</sup> Cf. SCHMITT, Bertram; *Strafprozessordnung*, p. 543; cf., PFEIFFER, Gerd; *Strafprozessordnung Kommentar*, p. 279; HILGER, Hans; Löwe-Rosemberg. *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar*. 26., Auflage, herausgegeben von Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Hirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger, Alexander Ignor. Vieter Band. Berlin: De Gruyter Recht, 2007, p. 103; MEINEN, Gero; *Handbuch zum Strafverfahren*, p. 357.

<sup>1367</sup> HC n.º 104.188, j. 14-09-2010; HC n.º 118.257, j. 18-02-2014.

<sup>1368</sup> Nesse sentido propõe Eugênio Pacelli: “Que não fique dúvida: a prisão preventiva pode ser revogada quando não mais estejam presentes as razões que determinaram a sua decretação; no entanto, quando ainda for necessário manter-se um grau menos gravoso de proteção ao processo, nada impede que ela, a preventiva, seja substituída por outra cautelar (característica da modificabilidade das cautelares), desde que e somente se ainda estiverem presentes as hipóteses do art. 282, I, CPP” (*Curso de Processo Penal*, p. 569).

<sup>1369</sup> *Prisão e Liberdade*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 108.

<sup>1370</sup> *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.*, ob. cit., p. 479.

<sup>1371</sup> *Idem*, p. 479.

Imagine-se, por exemplo, uma prisão preventiva baseada em uma colaboração premiada que dependa ainda de comprovação. À evidência, não seria razoável impô-la, com base exclusivamente em um depoimento de um co-autor, quando na verdade ele poderá estar interessado em um benefício penal, sobretudo quando contra si há um conjunto de provas seguras. Porém, considerando a peculiaridade do caso concreto, bastaria a retenção do passaporte para ser proporcional ou o monitoramento eletrônico.

No caso *Villagrán Morales* de 1999, a Corte IDH reconheceu a incidência do princípio da proporcionalidade em caso de detenção e prisão preventiva. Em particular, decidiu-se que ninguém pode ser submetido ao cárcere por causas e métodos que podem ser considerados incompatíveis com os direitos fundamentais do indivíduo ou irrazoáveis, imprevisíveis ou desproporcionais<sup>1372</sup>. Sob pena de ser considerado arbitrário, a Corte IDH também decidiu na mesma direção no caso *Norín Catrimán vs. Chile*, no sentido de que o juiz deve considerar para a decretação da prisão preventiva o princípio da proporcionalidade<sup>1373</sup>.

O princípio da proporcionalidade pode ser observado em relação ao tempo de duração da prisão preventiva. Ela não pode durar a ponto de se tornar verdadeira antecipação de pena<sup>1374</sup>. Por isso mesmo, não pode servir de sucedâneo à punição de quem reclama uma prévia sentença condenatória.

Por exemplo, a Súmula 687 do STF, que permite a concessão de liberdade provisória quando há excesso de prazo na prisão processual (prisão preventiva), mesmo que o caso verse sobre crimes hediondos, revela em sua essência o princípio da

---

<sup>1372</sup> Cf. LIBARONA, Mariano Cúneo; GARRIDO, Augusto Nicolás; *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I*; ob. ci., p. 486.

<sup>1373</sup> Apud ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *The American Convention on Human Rights*, p. 158.

<sup>1374</sup> Nesse sentido, reiteradas vezes decidiu o STF. Segundo o Min. Celso de Mello: “A privação cautelar da liberdade individual — qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) — não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a ideia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar (*carcer ad custodiam*), que não se confunde com a prisão penal (*carcer ad poenam*). Doutrina. Precedentes. A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal” (HC 96.219 MC, j. 9-10-2008).

proporcionalidade. É desproporcional uma prisão preventiva durar sem uma previsão mínima de conclusão do processo, pois torna-se uma pena sem condenação<sup>1375</sup>.

O princípio implica, por exemplo, que à vista de um juízo prognóstico condenatório, a duração da medida cautelar não seja superior ao mínimo necessário de pena cumprida para obter uma progressão de regime prisional. E ainda, não supere o período destinado à produção de provas quando o decreto objetiva a proteção da integridade probatória.

---

<sup>1375</sup> Súmula 697 do STF. A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.



*A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (Celso de Mello)*

## **CAPÍTULO II – O REGIME LEGAL BRASILEIRO DA PRISÃO PREVENTIVA**

O Brasil, contrariamente à Portugal, Espanha e Itália, demorou muito para que o legislador reconhecesse a necessidade de reformar as regras do CPP de 1941 relacionadas à prisão preventiva, de modo a adaptá-las às convenções internacionais sobre direitos humanos.

Então, só com a Lei n. 12.403 de 2011, que se inseriu na ordem jurídica brasileira<sup>1376</sup> as “medidas cautelares diversas da prisão”<sup>1377</sup>, ainda que sem um novo

---

<sup>1376</sup> PACELLI, Eugênio; *Curso de Processo Penal*, p. 505.

<sup>1377</sup> Agora, o Juiz brasileiro pode se valer das seguintes cautelares para evitar a imposição do cárcere, considerando os princípios jurídico-constitucionais e jurídico-processuais da prisão preventiva, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana: (a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (d) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (g) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e

Código, no bojo das chamadas “reformas tópicas”<sup>1378</sup>. Em resposta, particularmente, aos problemas decorrentes da superlotação do sistema carcerário. Portanto, não se deu por razões exclusivamente jurídicas, como a necessidade de compatibilizar a legislação interna com a legislação externa. De qualquer modo, promoveu-se “verdadeira revolução na matéria” no Brasil<sup>1379</sup>.

Com isso, a partir do art. 282 e ss. do CPP, adotou-se o termo “medida cautelar”<sup>1380</sup> para abranger todas as hipóteses de prisão não decorrentes de uma condenação, como a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão em flagrante delito e as medidas alternativas à prisão, contidas nos arts. 319 e 320 do CPP, como também as internações provisórias<sup>1381</sup>.

Em 2019, com a Lei n.º 13.964, o art. 312, do CPP passou a contar com nova redação. Agora, como pressuposto da prisão preventiva, deve-se reconhecer que há “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”, para além dos indícios de autoria e prova da materialidade. Nada obstante, esse “novo” pressuposto não deixa de ser um motivo processual cautelar já relacionado à garantia da ordem pública.

Então, nesse ponto, houve uma confusão entre pressuposto e consequência da não decretação da medida de coação. Essa preocupação com a segurança comunitária em função do perigo gerado pela liberdade do imputado consiste em uma motivação processual de natureza cautelar, centrada no risco de reiteração criminosa.

Como em Espanha, que vem no curso das décadas reformando a *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, por meio de diversas leis pontuais<sup>1382</sup>, o Brasil não elaborou um

---

houver risco de reiteração; (h) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (i) monitoração eletrônica.

<sup>1378</sup> Sobre as reformas tópicas, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

<sup>1379</sup> PACELLI, Eugênio; *ob. cit.*, p. 505.

<sup>1380</sup> Segundo Odene Sanguiné: “A expressão ‘cautelar’, que indica claramente a razão de dependência, de vinculação e de instrumentalização entre a medida de custódia e o processo penal em curso. Essa modificação terminológica é mais respeitosa com o direito fundamental à presunção de inocência de todo cidadão suspeito. Porém esta consideração não deve levar a ingênuas ilusões. Para efeitos práticos, se a custódia se realiza no cárcere estamos ante uma situação de prisão provisória (privação de liberdade antecipada), qualquer que seja a denominação preferida” (*idem*, p. 5).

<sup>1381</sup> SANGUINÉ, Odone; *idem*, p. 5.

<sup>1382</sup> Segundo Barja de Quiroga, nomeadamente em relação à “prisión provisional”, recorda que “aparece regulada en los arts. 502 y ss. LECrim. Esta regulación, desde su redacción originaria ha sido objeto de

novo CPP depois da promulgação da CF de 1988, porém promoveu diversas mudanças legislativas a partir desse novo regime jurídico-constitucional, mas sobretudo por imperativo de política criminal.

É que um dos problemas nacionais, bem diferente da União Europeia<sup>1383</sup>, diz respeito à superlotação carcerária. Pode-se sustentar que o verdadeiro mote da regulamentação das medidas cautelares diversas da prisão no Brasil, tem muito mais a ver com essa razão de natureza política criminal, do que propriamente com os princípios contidos na Constituição ou nas convenções internacionais.

Entretanto, surgiram diversas reformas tópicas que emprestaram mudanças significativas ao instituto da prisão preventiva. Por exemplo, a Lei n.º 12.403 de 2011 inseriu no Brasil, com muitos anos de atraso em relação à Portugal, Espanha e Itália, as medidas cautelares diversas da prisão<sup>1384</sup>, principalmente o monitoramento eletrônico<sup>1385</sup> e o comparecimento periódico em juízo.

No que tange à Lei n.º 12.403 de 2011, segundo Walter Nunes, segue as diretrizes da “reforma tópica” do processo penal, “no afã de adaptar o ordenamento processual aos novos tempos, notadamente às diretrizes de diplomas internacionais e da Constituição de 1988, naquela que, seguramente, era a parte do Código de Processo Penal mais identificada com a sua origem ditatorial e policialesca: a referente ao sistema prisional”<sup>1386</sup>.

Sem embargo da necessidade de um novo Código, deu-se um passo importante para mudar a cultura de prisão preventiva no Brasil, pois sem essa previsão o juiz não possuía soluções intermediárias para salvaguardar a efetividade do processo paralelamente à observância do princípio da presunção de inocência, malgrado resistisse muito em aplicá-las<sup>1387</sup>.

---

diversas modificaciones, de las cuales, las últimas – que proporcionam la redacción vigente – son las siguientes: la modificación realizada por la LO 13/2003, de 24 de octubre, que fue de nuevo modificada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre” (*Tratado de Derecho Procesal Penal, ob. cit.*, p. 1019-1020).

<sup>1383</sup> Para tanto, convém conferir a Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de dezembro de 2011, sobre as condições de detenção na UE (2011/2897 (RSP)).

<sup>1384</sup> PACELLI, Eugênio; *Curso de Processo Penal*, p. 605.

<sup>1385</sup> Cf. SCHÜNEMANN, Bernd; *Wider Schweigespiralen im Strafprozess am Beispiel der elektronischen Fußfessel und der Erosin der richterlichen Unbefangenheit. Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Stephan Barton, Thomas Fischer, Matthias Jahn und Tido Park. München: C. H. Beck, 2018, p. 261.

<sup>1386</sup> *Reforma Tópica do Processo Penal, ob. cit.*, p. 401.

<sup>1387</sup> Lembra Walter Nunes: “não havia solução intermediária. Muitas vezes, à falta de alternativa, o juiz decreta a prisão, enquanto, em outras, exatamente por isso, tendo em conta ser excessivo o envio para o

É que no Brasil há uma verdadeira cultura de “presunção de culpa”<sup>1388</sup>, “antecipação de pena” e encarceramento de suspeitos pobres no país<sup>1389</sup>. Em que pese as garantias constitucionais do art. 5º, da CF, há um descompasso entre delas e a realidade brasileira. Com precisão, Guilherme Nucci denuncia isso ao consignar, que «*mostra-se em rota de colisão o ideal e o real, no cotidiano das decisões judiciais, no Brasil, servindo para apresentar focos de dissensão em face da dignidade humana, desconsagrando o Estado Democrático de Direito*»<sup>1390</sup>.

De acordo com Aury Lopes Jr, «*são os princípios que permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção da inocência*»<sup>1391</sup>.

Com isso, torna-se necessário examinar as novas diretrizes legais da prisão preventiva no Brasil, sobretudo os novos princípios instituídos pela Lei n.º 12.403 de 2011, para então verificar quando podem ser compatíveis com o regime jurídico-constitucional, pautados pela CF de 1988 e pela CADH de 1969, com o acréscimo das derradeiras modificações introduzidas pela Lei n.º 13.964 de 2019.

## 1. Os princípios e regras legais de aplicação

---

cárcere, o juiz não aplicava nenhuma medida. Com isso, de um lado, tínhamos prisões processuais demais e desnecessárias e, de outro, devido à falta de medidas menos drásticas do que a prisão, casos em que o juiz findava sem fazer qualquer restrição ao direito de liberdade” (*ob. cit.*, p. 408).

<sup>1388</sup> Para Eugênio Pacelli, essa presunção de culpa revelava-se sobretudo nos caos de prisão em flagrante, tanto que até hoje há o instituto da liberdade provisória, expressão, segundo ele, inapropriada (*ob. cit.*, p. 607).

<sup>1389</sup> Segundo Guilherme Nucci, “em lugar da presunção de inocência, emerge a presunção de culpa, inspirando várias decisões, tais como o indiciamento sem prévia construção probatória; a banalização da decretação da prisão temporária; a desconsideração judicial pela regularidade do auto de prisão em flagrante ou o menosprezo pelo direito à liberdade provisória; o recebimento leviano de peças acusatórias; a vulgarização da prisão preventiva; a lentidão extremada para a formação da culpa, mormente em se tratando de réus presos; a desconsideração do direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de decisão condenatória; a inviabilização do direito à execução provisória da pena; a indiferença pelo regime inicial fixado em sentença condenatória; a descaracterização da individualização executória da pena, dentre outros” (*Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade. As antíteses do Estado Democrático de Direito*, p. 149).

<sup>1390</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>1391</sup> *Direito Processual Penal*, p. 809.

No início, destacamos os princípios jurídico-constitucionais concernentes à prisão preventiva, tanto com base na CF de 1988, quanto com base na CADH de 1969. Por agora, convém expor quais são os princípios e as regras legais de aplicação que cercam esse instituto processual penal no Brasil.

Basicamente, o regime legal está contido no CPP de 1941. Um diploma que passou por diversas alterações no curso das décadas, sem uma perspectiva clara e concreta de quando será publicado um novo Código escrito sob as diretrizes da nova Constituição e das convenções internacionais sobre direitos humanos.

Sob a regência do Imperador Dom Pedro II, o processo penal brasileiro começou com o Código de Processo Criminal de 1832<sup>1392</sup>. Era marcado, sobretudo, por princípios liberais e ideias beccarianas<sup>1393</sup>, influenciado que foi pelo *Code d'Instruction Criminelle* (Código Napoleônico de 1808)<sup>1394</sup>.

Com a Constituição de 1891, a inaugurar o período republicano, sob a inspiração do direito estadunidense, os estados brasileiros passaram a reger seus próprios códigos, circunstância essa que mitigou a unidade do direito processual penal nacional<sup>1395</sup>.

Com a Constituição de 1934, uma comissão formada por Bento de Faria, Plínio Casado e Gama Cerqueiro, apresentou um novo projeto. No entanto, somente com o Estado Novo de 1937, surgiu o novo CPP. Sem, entretanto, a participação dos congressistas. Portanto, um Código não democrático, na medida em que imposto pelo Presidente por meio do Decreto-Lei n. 3.931 de 1941, inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930<sup>1396</sup>.

---

<sup>1392</sup> No período colonial, regiam as Ordenações de Portugal, uma vez que o Brasil integrava o Reino português, cf. GRECO FILHO, Vicente; *Manual de Processo Penal*, p. 88.

<sup>1393</sup> Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; *Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 20-22.

<sup>1394</sup> NORONHA, E. Magalhães; *Curso de Direito Processual Penal*, p. 8.

<sup>1395</sup> Segundo Walter Nunes, “A evolução do processo penal, porém, sofreu um duro golpe com a Constituição de 1891 que, elaborada sob a ascendência da Carta americana, inseriu, na seara da competência dos Estados-membros, a missão de legislar sobre o Direito Processual Penal, quebrando, com isso, sua unidade” (*idem*, p. 21-22).

<sup>1396</sup> Segundo E. Magalhães Noronha, “A Carta Política de 10 de novembro de 1937 restabeleceu o regime da unidade processual, urgindo, pois, a elaboração de um código de processo para o País. Dela se encarregou uma comissão composta de Narcélio de Queiroz, Néelson Hungria, Cândido Mendes, Vieira Braga, Florêncio de Abreu e Roberto Lira, que, pelo Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, viu seu projeto convertido em Código de Processo Penal, que entrou em 1.º de janeiro de 1942 e que vige atualmente. Não contém ele grandes inovações, tendo, antes, se mantido apegado a nossa tradição legislativa. A instrução contraditória, a separação das funções julgadora e acusatória, a restrição ainda maior à competência do júri e um ou outro

Por conseguinte, dentro dessa conjuntura política nasce o CPP de 1941, vigente nos dias atuais, malgrado as diversas reformas tópicas que se sucederam no curso das décadas<sup>1397</sup>. No caso da prisão preventiva, especialmente as promovidas pela Lei n.º 12.403 de 2011 e recentemente pela Lei n.º 13.964 de 2019.

No ano de 2009, o Senado Federal retomou a discussão de um novo CPP, por meio do PLS n.º 156<sup>1398</sup>. Depois de aprovado no Senado, segue em debate na Câmara dos Deputados por meio do Projeto de Lei da Câmara n.º 8.045 de 2010. Não há, por enquanto, nenhuma sinalização concreta de quando o novo CPP será aprovado pelo Congresso.

Com a recente Lei n.º 13.964 de 2019, tornou-se mais difícil a conclusão do novo CPP, dado que ela modificou substancialmente o CPP em diversos pontos como a introdução do juiz das garantias, limites relacionados à prisão preventiva, o acordo de não persecução penal, entre muitos outros, que certamente retiraram de pauta a discussão do novo Código.

É evidente que o processo penal brasileiro necessita ser reescrito de maneira compatível com os parâmetros da CF de 88. Foi concebido na década de 40, tempos contraditórios, onde, não obstante a proclamação de direitos sociais básicos, houve a mitigação das garantias de liberdade do cidadão<sup>1399</sup>.

---

ponto são inovações ou modificações de maior vulto. Apesar de contar quatro dezenas de anos, não é um código moderno: a morosidade de seus ritos, p. ex., é a principal causa do congestionamento de nossas varas criminais” (*idem*, p. 9).

<sup>1397</sup> Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; *idem*, p. 22. Walter Nunes lembra do caráter polivalente do Código de 1941, para o qual “é uma posição eclética das Escolas Clássica e Positiva, sob forte influência do Tecnicismo Jurídico, inspirado pelo Código de Processo Penal italiano de 1930, que adotou o perfil fascista”.

<sup>1398</sup> Este projeto, na sua exposição de motivos, oferece quatro diretrizes fundamentais à prisão preventiva, que por sua vez seguem os mandamentos da Lei n. 12.403 de 2011 : (1) a prisão e outras formas de intervenção sobre a pessoa humana somente se justificam em face da sua concreta necessidade, indicada mediante fundamentação detalhada, de modo a explicitar a cautelaridade da medida; (2) as medidas cautelares dependem da iniciativa da parte quando ainda inexistir relação processual, pois, quando já instaurada a lide, há de reservar-se ao juiz o poder de, excepcionalmente, adotar providência que traduza o seu dever de zelar pela efetividade da jurisdição; (3) as medidas cautelares, por afetarem bens e direitos do acusado, sujeitam-se a critérios de proporcionalidade, vedando-se o uso de medida inadequada, desnecessária e desproporcional ao bem que se pretende proteger com a medida, impondo-se a escolha da medida – ou medidas – que, no caso concreto, se revele menos gravosa para o acusado, dentre as igualmente idôneas a alcançar o objetivo cautelar; (4) a prisão preventiva, bem assim as demais providências cautelares, deve perdurar por um tempo que não ultrapasse o razoável, o que justifica a fixação de prazos máximos de sua função (Cf. CRUZ, Rogerio Schiatti Machado; As medidas cautelares no projeto do novo CPP. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 46. n. 183. Brasília: Senado, julho./set.2009).

<sup>1399</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo; *Curso de Direito Constitucional*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 367.

Registe-se que os dois únicos códigos brasileiros, o CPP de 1832 e o CPP de 1941, foram concebidos no curso de governos não democráticos, esse por Getúlio Vargas, aquele pela Regência de Pedro II. Foram períodos de significativa concentração de poder na história do Brasil. Isso muito diz do autoritarismo e da cultura prisional brasileira<sup>1400</sup>.

Só para constar, não obstante a secular regra da presunção de inocência e do direito ao silêncio (*privilege against self-incrimination*), o revogado art. 186, do CPP, estabelecia que “antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

Entretanto, o processo penal não pode mais ser concebido com o desiderato exclusivo de realização da justiça e da busca “a qualquer custo” da verdade material<sup>1401</sup>. Impõe-se, paralelamente, o respeito às garantias constitucionais como a imparcialidade, a presunção de inocência, o direito de defesa, o direito ao silêncio, entre outros que dão suporte ao justo processo (*fairen Verfahren*)<sup>1402</sup>.

É necessário, portanto, uma convivência, por mais contraditória que possa parecer, entre a *função-espada* e a *função-escudo* do processo penal<sup>1403</sup>, essa relacionada à proteção dos direitos individuais, aquela a serviço da busca da verdade e da realização da justiça.

---

<sup>1400</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo; *Reflexões política e direito*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 27.

<sup>1401</sup> Cf. BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*, p. 3.

<sup>1402</sup> De acordo com Wolfram Schädler, “Der Begriff des fairen Verfahrens ist dem anglo-amerikanischen Verfahren entlehnt: der ‘Fair Trial’ bezeichnet einen Prozess, der ‘fair’ zu sein hat. Tragende Prinzipien hierfür sind Waffengleichheit zwischen Beschuldigtem und Strafverfolgung, rechtliches Gehör, Rechtssicherheit, Schutz des Beschuldigten vor Willkür sowie die in Abs. 2 und Abs. 3 genannten Garantien. Die für das faire Verfahren notwendigen Garantien ergeben sich indes nicht aus der Konvention unmittelbar. Will man aber die wichtigsten Aspekte aus der reichen Rechtsprechung des EGMR markieren, so gilt: Der Beschuldigte darf generell nicht Objekt des Strafverfahrens sein, er darf nicht der Willkür eines Gerichts ausgesetzt sein, sondern er muss als Subjekt angemessen am Verfahren mitwirken können. Dieses – umfassend verstandene – Recht auf Gehör korrespondiert im Strafverfahren mit dem Gebot der Waffengleichheit zwischen Anklage und dem Beschuldigten. Dieses erfordert u.a., dass beide Seiten in gleicher Weise Teilnahme – Informations – und Äußerungsrechte wahrnehmen können (LR-Gollwitzer Rn 59; vgl auch EGMR 28.8.199 ,Brandstetter‘ NJW 1992, 3085 Nr. 61). Auch die Selbstbelastungsfreiheit leitet der EGMR aus dem fairen Verfahren ab (EGMK 3.5.2001 ,J.B‘, NJW 2002, 499 Nr. 64, vgl dazu aber unten Rn 22)“ (*Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*. Herausgegeben von Rolf Hannich. 6., Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2008, p. 2710-2711).

<sup>1403</sup> Cf. WYNGAERT, Chris Van den; *Strafrecht, Strafprozessrecht & International Strafrecht*. Antwerpen/Apeldoorn: Hoofdlijnen Maklu, 2006.

## 2. O princípio da necessidade

De início, cumpre dizer que a Lei n.º 12.403 de 2011 inseriu novos parâmetros relacionados às medidas cautelares dentro do CPP. Em destaque, o Capítulo I do Título IX dispendo sobre novas diretrizes de aplicação<sup>1404</sup>, sobretudo hipóteses diversas da prisão preventiva.

Reza agora o vigente art. 282, incisos I e II, do CPP, que as medidas cautelares de natureza processual penal sujeitar-se-ão aos princípios da necessidade e da adequação. Esse reclama a consideração de aspectos relacionados à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (inciso II). Aquele, deve considerar as exigências cautelares, quais sejam, garantir a aplicação da lei penal, garantir a investigação criminal ou instrução do processo e impedir a reiteração criminosa (inciso I)<sup>1405</sup>.

Com isso, o emprego da prisão preventiva e das demais medidas cautelares supõe a observância das seguintes diretrizes<sup>1406</sup>: (a) devem ser necessárias para a incidência da “lei penal”; (b) devem ser necessárias para o desenvolvimento da investigação criminal; (c) ou, nos casos expressamente previstos, para evitar a reiteração criminosa; (d) devem ser adequadas, considerando, conjuntamente, a gravidade do crime, circunstâncias do caso concreto e os aspectos pessoais do imputado.

Convém pontuar, que os princípios da necessidade e da adequação contidos no art. 282, do CPP, para Gustavo Badaró<sup>1407</sup> e Eugênio Pacelli<sup>1408</sup> consistem em subprincípios ou

---

<sup>1404</sup> PACHELLI, Eugênio; *Curso de Processo Penal*, p. 505 e ss.

<sup>1405</sup> Porém, essa redação não passou despercebida por críticas. Segundo Gustavo Henrique Badaró, “como facilmente se percebe, o dispositivo legal, além de não mencionar a máxima ou subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, utilizou os conceitos de necessidade e adequação em sentido diverso daqueles que vêm sendo empregados na doutrina que, de forma amplamente majoritária, tem entendido que a regra ou princípio da proporcionalidade é composto pelos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito” (*Processo Penal*, p. 953).

<sup>1406</sup> Para Gomes Filho, “no novo art. 282, *caput*, do CPP, são estabelecidas as diretrizes gerais que devem orientar o magistrado na adoção de tais medidas, elencadas no art. 319 do CPP, também com nova redação, e ainda no art. 320 do CPP, que trata da proibição de ausentar-se do país, com a decorrente entrega do passaporte” (2012, p. 40).

<sup>1407</sup> De acordo com Gustavo Henrique Badaró, “a reforma legislativa de 2011 sobre as medidas cautelares pessoais procurou incorporar a proporcionalidade como critério para a aplicação das medidas cautelares. O tormentoso tema, objeto de divergências infundáveis e filigranas doutrinárias, foi tratado legislativamente em



subrequisitos da proporcionalidade como propõe Edilson Bonfim<sup>1409</sup>. Em síntese, para esses autores, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito seriam vetores do princípio da proporcionalidade<sup>1410</sup>.

Por oportuno, registre-se que a proporcionalidade de que cuida o art. 193º, do CPP português, o art. 275, do CPP italiano e o § 112 do StPO, abrange não só uma relação de proporção entre a gravidade do crime e a medida cautelar, mas também uma proporcionalidade entre a medida de coação e a sanção previsível. Por isso que, no direito alemão, o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*)<sup>1411</sup> constitui um pressuposto material da prisão preventiva (*Voraussetzungen der U-Haft*)<sup>1412</sup>.

Com a Lei n.º 13.964 de 2019, o art. 312, *caput*, do CPP, passou a reclamar, conjuntamente à prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, a constatação de “um perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. Na verdade, essa previsão indica um motivo processual ou exigência cautelar<sup>1413</sup> relacionada à probabilidade de novas infrações.

No direito alemão, conforme registra Jescheck<sup>1414</sup>, tem-se os seguintes pressupostos materiais da prisão preventiva: (a) uma forte suspeita da prática de crime (*Tatverdacht*); (b) um motivo processual para a prisão (*Haftgrund*); e (c) uma relação de proporção entre o crime e sanção penal esperada (*Verhältnismäßigkeit*)<sup>1415</sup>.

---

seus subitens ou subprincípios da necessidade, da adequação e, em alguma medida, da proporcionalidade em sentido estrito” (*idem*, p. 953).

<sup>1408</sup> *Curso de Processo Penal*, p. 516.

<sup>1409</sup> *Curso de Processo Penal*, p. 547.

<sup>1410</sup> Para Edilson Bonfim, “Destarte, o art. 282, *caput*, prevê três pressupostos que, vindo sob a rubrica de dois incisos (mal chamados ‘binômio’ de requisitos), viabilizam a imposição das medidas cautelares previstas no rol do art. 319 do CPP. Estes nada mais são do que sub-requisitos do método de interpretação conhecido como princípio da proporcionalidade, presentes implicitamente, como querem alguns, nos requisitos genéricos das cautelares ou, como pretendem outros, absolutamente disintos e complementares” (*idem, ibidem*).

<sup>1411</sup> Cf. MEINEN, Gero; *Untersuchungshaft. Handbuch zum Strafverfahren*, p. 356.

<sup>1412</sup> Cf. PFEIFFER, Gerd; *StPO. Strafprozessordnung Kommentar*. 5. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2005, p. 271.

<sup>1413</sup> TONINI, Paolo; *Manuale di Procedura Penale*, p. 434.

<sup>1414</sup> *Die Untersuchungshaft in rechtsvergleichender Darstellung*, p. 940; cf. MÜNCHHALFFEN, Gaby; GATZWEILER, Norbert; *Das Recht der Untersuchungshaft*, p. 5.

<sup>1415</sup> Cf. BEULKE; Werner; *Strafprozessrecht*, p. 127; cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*, p. 244; KÜHNE, Hans-Heiner; *Strafprozeßrecht*, p. 222.

No direito italiano, como requisitos às medidas cautelares, além dos indícios graves e punibilidade concreta, impõe-se uma *esigenze cautelari*<sup>1416</sup>. Por sua vez, restrita às hipóteses do art. 274, n.º 1, do CPP, quais sejam, (a) *pericolo di inquinamento della prova*; (b) *pericolo di fuga*; (c) *pericolo che vengano commessi determinati reati*<sup>1417</sup>. Essa taxatividade, para Paolo Tonini, busca impedir que a medida cautelar transforme-se em pena antecipada, com a conseqüente violação do princípio da presunção de inocência<sup>1418</sup>.

Na sua redação originária, o CPP brasileiro não previa o princípio da necessidade. Pelo contrário, havia a obrigatoriedade da prisão preventiva nos crimes punidos com pena superior a 10 anos de reclusão.

Além disso, nem mesmo nas hipóteses relacionadas à garantia da ordem pública, à conveniência da instrução criminal ou à garantia da execução da norma penal, havia menção sequer à palavra necessidade, que significa instar o juiz a avaliar se a prisão é imprescindível àqueles escopos processuais de natureza cautelar.

Nesse ponto, registre-se que o CPP de 1941 não evoluiu em relação ao regulamento do Império. Isso porque, o Decreto n.º 4.824 de 1871 da Princesa Imperial

---

<sup>1416</sup> Segundo Paolo Tonini, “alle condizioni generali di applicabilità si aggiunge un ulteriore requisito: le misure personali possono essere applicate soltanto quando esiste in concreto almeno una delle esigenze cautelari indicate tassativamente dall’art. 274. La tassatività della previsione ha lo scopo di impedire, nei limiti del possibile, che si tenda, attraverso le misure cautelari, ad anticipare l’applicazione della sanzione penale. Cioè è espressamente inibito dalla presunzione di innocenza (art. 27, comma 2 Cost.), che vieta appunto l’applicazione anticipata della pena prima che sia stata pronunciata una sentenza definitiva di condanna. Il pubblico ministero, nel presentare al giudice la richiesta motivata di disporre una misura cautelare, deve fornire gli elementi di prova che dimostrino in concreto l’esistenza di tutte le condizioni necessarie per applicare la misura richiesta (gravi indizi e punibilità in concreto), l’assenza di un pericolo di fuga o, infine, il pericolo che vengano commessi determinati reati” (*Manuale di Procedura Penale*, p. 434-435).

<sup>1417</sup> Em particular, convém destacar o art. 274, n.º 1, “c”, do CPP italiano, pois restringe a medida cautelar pessoal ao perigo concreto e atual de reiteração criminosa de crimes com emprego de arma ou outros meios de violência pessoal, contra a ordem constitucional, criminalidade organizada e para crimes da mesma espécie, considerando as penas máximas de 5 anos de reclusão (*quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto e attuale pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, e successive modificazioni. Le situazioni di concreto e attuale pericolo, anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede*).

<sup>1418</sup> *Idem*, p. 434.

Regente (Isabel do Brasil) previa que diante da “necessidade e conveniência” o promotor público ou a parte queixosa poderiam solicitar ao Juiz a prisão preventiva do “réu” no curso do procedimento criminal<sup>1419</sup>. Essa necessidade, como condição à medida, reaparece com a Lei n.º 12.403 de 2011, ou seja, mais de um século depois.

A propósito, Basileu Garcia, desde o início da vigência do CPP de 1941, sustentava «*como quer que seja, os interesses que ocasionam o cerceamento da liberdade devem revestir-se do caráter de necessidade indeclinável, através de situações reguladas por lei. E é à lei fundamental, a Constituição, que originariamente cabe definí-las. Tais limitações atingem um dos direitos fundamentais, o direito à liberdade corpórea, relacionam-se com a segurança do cidadão e, pois, só podem decorrer, como exceções inevitáveis, dos próprios textos que firmam as garantias individuais*»<sup>1420</sup>.

No caso da prisão preventiva, como consequência do princípio da necessidade expresso no art. 282, § 6º, do CPP, essa medida será aplicável tão-somente quando inexistir outra menos restritiva e que responda aos riscos processuais de natureza cautelar relacionados à aplicação da lei penal, à investigação ou instrução criminal, ou à reiteração criminosa. Em resumo, reclama-se a “busca de alternativa menos gravosa”<sup>1421</sup>.

Com a Lei n.º 12.403 de 2011, o art. 282, § 4º, do CPP, prevê que o não cumprimento das medidas cautelares impostas, pode-se em último caso decretar a prisão preventiva. Por conta da Lei n.º 13.964 de 2019, o juiz dependerá de requerimento para decretar a prisão preventiva nessas circunstâncias.

Ocorre que o § 5º do art. 282, reza o seguinte: “O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de

---

<sup>1419</sup> Art. 29. Ainda antes de iniciado o procedimento da formação da culpa ou de quaesquer diligencias do inquerito policial, o Promotor Publico, ou quem suas vezes fizer, e a parte queixosa poderão requerer, e a autoridade policial representar, acerca da necessidade ou conveniencia da prisão preventiva do réo indiciado em crime inafiançavel, apoiando-se em prova de que resultem vehementes indicios de culpabilidade, ou seja confissão do mesmo réo ou documento ou declaração de duas testemunhas; e, feito o respectivo autuamento, a autoridade judiciaria competente para a formação da culpa, reconhecendo a procedencia dos indicios contra o arguido culpado e a conveniencia de sua prisão, por despacho nos autos a ordenará, ou expedindo mandado escripto, ou requisitando por communicação telegraphica, por aviso geral na imprensa ou por qualquer outro modo que faça certa a requisição.

<sup>1420</sup> *Ob. cit.*, p. 8.

<sup>1421</sup> Como propõe Gustavo Henrique Babaró: “Na sequência, tem-se o juízo de necessidade da medida, também conhecido como proibição de excesso ou busca de alternativa menos gravosa. O que se objetiva é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o mínimo necessário, na comparação enter as diversas medidas que tenham se mostrado adequadas ao atingimento da finalidade de proteção ou realização do direito fundamental (*Processo Penal*, p. 953).

motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Então, parece-nos que caso o juiz divise novamente a necessidade da prisão preventiva, poderá decretá-la sem pedido.

Com base no art. 6.I, das Regras de Tóquio, “a prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais, tendo devidamente em conta o inquérito sobre a presumível infração e a proteção da sociedade e da vítima”.

Segundo o caso *Hugo van Alphen v. The Netherlands* da Corte EDH, haverá necessidade quando a prisão preventiva tencionar “impedir a fuga, a alteração das provas ou a prática de um novo crime”<sup>1422</sup>.

E ainda, na esteira do caso *David Alberto Cámpora Schweizer v. Uruguay* (66/1980), “quando a pessoa em causa constitua para a sociedade uma ameaça clara e grave à qual se não possa fazer frente de outro modo”<sup>1423</sup>. De acordo também com a jurisprudência da Comissão EDH, a prisão preventiva só deve ordenar-se quando seja razoavelmente necessária e que a comissão pode apreciar uma recusa de colocação em liberdade com base no art. 5º, n. 3, da CEDH.

Então, para uma prisão preventiva subsistir, requer-se uma necessidade processual concreta<sup>1424</sup> de natureza cautelar. Nesse sentido, o art. 312, § 2º, do CPP, incluído pela Lei n.º 13.964 de 2019 prevê agora que “a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

---

<sup>1422</sup> Cf. CRAWSHAW, Ralph; HOLMSTRÖM; *Essential cases on Human Rights for the police*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

<sup>1423</sup> *Direitos Humanos e Prisão Preventiva*. Série de Formação Profissional n. 03 [ACNUDH], p. 24.

<sup>1424</sup> Então, sobre o ponto escrevera Gustavo Henrique Badaró: “O juiz deverá fundamentar sua decisão em fatos concretos, que demonstrem que a manutenção do acusado em liberdade colocará em risco a instrução criminal ou a provável condenação penal. Não bastam, pois, meras conjecturas, temores infundados ou simples suspeitas. Muito menos poderá o juiz limitar-se a repetir as palavras da lei ou utilizar fórmulas vazias e sem amparo em fatos concretos. Assim, a prisão preventiva não pode se fundamentar em meras suposições de fuga, com base na possibilidade de uma pena elevada ou no poder econômico do acusado. No que toca à prisão por conveniência da instrução criminal, não basta que o juiz diga, simplesmente, que assim agiu por conveniência da instrução criminal. É preciso que demonstre com fatos, com elementos do processo, que naquele caso concreto a prisão se faz necessária. Além disso, a prisão não pode ser um corolário automático da imputação, o que significaria restaurar um regime de prisão preventiva obrigatória. A decretação da prisão não pode ter por fundamento apenas a gravidade abstrata do crime (por exemplo, por se tratar de tráfico de drogas ou de roubo). Aliás, tal prisão, além de desrespeitar a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, também fere a presunção de inocência, uma vez que decorreria do tipo penal imputado, independentemente da necessidade concreta da medida” (*Processo Penal*, p. 990-991).

Será concreta, no caso de risco de fuga, por exemplo, quando houver indício de viagem sem autorização para o estrangeiro. E ainda, será concreta, no caso de iniquação das provas, quando houver indícios de obstrução à investigação ou instrução, por exemplo, intimidação de testemunha ou desaparecimento de provas.

Finalmente, será concreta no caso de risco de reiteração criminosa quando subsistir uma prognose em função das circunstâncias do fato e condições pessoais do suspeito, indicando que o imputado poderá cometer novos crimes caso posto em liberdade. Esse risco, aliás, está contido agora no art. 312, *caput*, do CPP, modificado pela Lei n.º 13.964 de 2019.

Hélio Tornaghi desenvolveu dois parâmetros que nos parecem pertinentes ao manejo da medida, quais sejam, a) primeiro: a prisão preventiva é um mal e só deve existir quando, sem ela houver mal maior; b) a prisão preventiva, embora má, é necessária; mas se é um mal necessário, somente pode ser tolerada nos limites da necessidade e deve ser substituída por outras providências que sejam menos más, sempre que possível<sup>1425</sup>.

Para Tourinho Filho, “a prisão preventiva subordina-se a pressupostos, que são dois, e condições, que são quatro (previstas no CPP...), e uma destas, ao menos uma, deve coexistir com aqueles dois. É sempre assim, sem exceção”<sup>1426</sup>.

Essa prisão preventiva, portanto, só terá lugar na estrita e extrema necessidade do seu emprego à vista de objetivos processuais penais de natureza cautelar. Com isso, seu uso depende de um conjunto de pressupostos, balizados pelos princípios constitucionais e legais de sua aplicação.

### **3. O princípio da adequação**

Como visto, por conta do art. 282, inc. II, do CPP brasileiro, para a decretação de uma medida cautelar, nisso se inclui a prisão preventiva, há que ser adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do imputado (indiciado ou

---

<sup>1425</sup> *Manual de Processo Penal. Prisão e Liberdade*. Volume I. São Paulo: Freitas Bastos, 1963, p. 266.

<sup>1426</sup> *Processo Penal*. 35ª. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 550.

acusado). Esse preceito concentra uma “regra específica para guiar os passos do intérprete quanto à seleção daquela que seja a mais adequada e eficiente para o caso”<sup>1427</sup>.

Eugênio Pacelli a considera como “verdadeira pedra de toque do novo sistema de cautelares”<sup>1428</sup>. Nesse sentido, uma medida cautelar será adequada somente quando mostrar-se ajustada às especificidades do caso concreto, nomeadamente às características do crime e do provável criminoso.

Inserido, destarte, no CPP pela Lei n.º 12.403 de 2011, o princípio da adequação impõe ao magistrado o dever de ponderar se a prisão será a medida mais oportuna para o caso concreto. Segundo Eugênio Pacelli, «o primeiro passo do juiz no exame das medidas cabíveis será na direção da adequação da providência, em vista da concreta situação pessoal do agente, bem como da gravidade e das circunstâncias do fato»<sup>1429</sup>. Então, deve-se proceder um juízo de adaptação entre os dados objetivos e subjetivos que cercam o crime e a necessidade de garantir as finalidades do processo penal.

No que toca à gravidade do crime, não basta dizer que só cabe prisão preventiva quando se tratar de crimes com pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão ou quando há emprego de violência contra mulheres em situações domésticas, como exige o art. 313, do CPP<sup>1430</sup>, tem-se que considerar o nível de lesividade da conduta criminosa.

Por exemplo, um roubo cuja ameaça se dá por meio de uma arma branca, malgrado encerre uma conduta violenta, não corresponde ao mesmo nível de gravidade de um roubo perpetrado em coautoria com emprego de arma de fogo contra diversas vítimas.

---

<sup>1427</sup> Cf. SILVA Jr, Walter Nunes da; *Reforma tópica do processo penal*; *ob. cit.*, p. 455.

<sup>1428</sup> *Ob. cit.*, p. 516. Segundo Eugênio Pacelli, “É que a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando inadequadas ou descumpridas aquelas (as outras medidas cautelares). Essa é, sem dúvida, a atual orientação da legislação processual penal brasileira, que, no ponto, vem se alinhar com a portuguesa e com a italiana, conforme teremos oportunidade de referir” (*idem, ibidem*).

<sup>1429</sup> *Idem*, p. 517.

<sup>1430</sup> 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; IV – (Revogado). 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.

De observar, que nos dois casos, tem-se presente o pressuposto do art. 313, inc. I, do CPP, a saber, crimes punidos com pena superior a 4 anos. Entretanto, se por um lado, na primeira hipótese, a depender das circunstâncias do fato e das condições pessoais do imputado, pode-se cogitar da medida cautelar pessoal concernente à monitoração eletrônica. Essa mesma medida, em tese, não será cogitada para o roubo com arma de fogo, dado a gravidade ou nível de violência do crime.

Em síntese, quanto mais grave a conduta, mais grave será a medida cautelar, como a prisão preventiva. Com isso, percebe-se que o princípio da adequação relaciona-se muito bem com o princípio da proibição do excesso (*Übermaßverbot*), para o qual há um limite às intervenções na esfera dos direitos individuais como a liberdade pessoal<sup>1431</sup>.

Com efeito, não é apenas o tipo de infração que conta<sup>1432</sup>, mas a intensidade da violência empregada, bem como o grau de importância que se dá ao bem jurídico protegido.

Por exemplo, revela-se grave a corrupção que diz respeito aos serviços públicos essenciais à população como a saúde pública, porquanto a proteção desse bem jurídico interessa a todos os membros da sociedade, quer porque condição básica de subsistência da sociedade, quer porque custeado sob sacrifício tributário da comunidade.

Os crimes que envolvem violência física contra a mulher são na sua maioria delitos de natureza grave, como revelam o número preocupante de homicídios. É claro que a prisão preventiva será o meio mais adequado para essa proteção, à vista do altíssimo grau de violência que envolvem tais crimes.

Na verdade, não há tolerância por parte da comunidade, quando diante da notícia de um feminicídio, cujas características são semelhantes e na maioria das vezes a suspeita pesa sobre o consorte da vítima. Nesses casos, subsiste uma cobrança da comunidade, no sentido da prisão preventiva imediata do agressor, a despeito da presunção de inocência.

---

<sup>1431</sup> Cf. MEYER-GOßNER, Lutz; CIERNIAK, Jürgen; *Strafprozessordnung*. Becksche Kurz Kommentare, p. 5; cf. PACHELLI, Eugênio; *Curso de Processo Penal*, p. 518.

<sup>1432</sup> Como propõe Walter Nunes Jr., “De fato, o tipo de infração em si, se de maior ou menor gravidade não serve para justificar a decretação de medida cautelar. Isso aliás, restou esclarecido quando do estudo da hipótese de decretação de medida cautelar sob o fundamento de que necessária para evitar a prática de infrações penais ou para a manutenção da ordem pública ou econômica. Se a finalidade da cautelar é garantir a ordem processual, pouco importa a qualidade do crime que está em apuração, conforme reiterados pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça” (*Reforma tópica do processo penal, ob. cit.*, p. 456).

Aliás, o § 112, (3), do StPO, previa que para determinados crimes graves estritamente indicados na Lei (*Schwerkriminalität*), poderia ser decretada a prisão preventiva, caso presente uma forte suspeita (*großse Wahrscheinlichkeit*), malgrado inexistisse um motivo processual<sup>1433</sup>. Todavia, registre-se que o TC alemão interpretou essa regra (BverfGE 19, 342), no sentido de exigir a presença de um motivo processual (perigo de fuga, preservação das provas ou reiteração criminosa), para além da gravidade do delito (*Schwere des Delikts*)<sup>1434</sup>.

No caso das condições pessoais do imputado, imagine-se que uma determinada conduta, por mais grave e peculiar que pareça, que caracterize corrupção à primeira vista, perpetrada por um gestor público, com décadas de serviço público sem pesar contra si nenhum processo criminal em seu desfavor, não seria adequado uma prisão preventiva, máxime se possui endereço certo e não há suspeitas de querer destruir provas ou tentar se esquivar do processo. Seria, para essa hipótese, adequado o afastamento das funções públicas, quando muito uma monitoração eletrônica ou prisão domiciliar (obrigação de permanência na habitação).

Para Walter Nunes Jr., «*o que parece ser evidente é a necessidade, sempre e sempre, de levar-se em consideração, para fins de definição da medida cautelar a ser aplicada, as condições pessoais do acusado e que, ademais, esse aspecto deva preponderar em relação à gravidade do crime e às circunstâncias do fato*»<sup>1435</sup>.

Não nos parece, todavia, que esse critério seja especial em relação aos outros. Porém, não se pode negar que as condições pessoais do indiciado ou acusado serão cruciais para uma prisão preventiva. É evidente que o magistrado considerará os antecedentes do investigado ou acusado quando do exame da (im)pertinência<sup>1436</sup> da medida cautelar.

---

<sup>1433</sup> Cf. GRAF, Jürgen-Peter; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, p. 615; cf. KREY, Volker; HEIRICH, Manfred; *Deutsches Strafverfahrensrecht*, p. 197.

<sup>1434</sup> Segundo Heribert Ostendorf, “Dem Wortlaut des §112 Abs. 3 StPO nach ist bei den dort aufgeführten schweren Delikten kein Haftgrund erforderlich. Nach der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE 19, 342, 350 ff.) setzt aber auch §112 Abs. 3 StPO einen Haftgrund voraus, d.h., es müssen stets Umstände vorliegen, „die die Gefahr begründen, dass ohne Festnahme des Beschuldigten die alsbaldige Aufklärung und Ahndung der Tat gefährdet sein könnte” (*Strafprozessrecht*, p. 142).

<sup>1435</sup> *Reforma tópica do processo penal*, p. 456.

<sup>1436</sup> É o que sustenta Walter Nunes Jr.: “Por conseguinte, em que pese a circunstância de o acusado ser primário ou reincidente, ter bons ou maus antecedentes não ser fundamento para a decretação de cautelar criminal, seja ela detentiva ou não, esses dados devem ser associados às condições pessoais do agente, a fim de serem levados em consideração para a conclusão quanto à medida que é adequada e suficiente. Note-se que a jurisprudência, conquanto tenha afastado a circunstância em si de o agente ser primário, possuir



Portanto, o princípio da necessidade e o princípio da adequação são os princípios inaugurais, sob o ângulo legal, das medidas cautelares processuais penais que igualmente se estende à prisão preventiva inscritos pela Lei n. 12.403 de 2011.

#### 4. O princípio da subsidiariedade

Com a Lei n.º 12.403 de 2011, consignou-se legalmente o princípio à subsidiariedade da prisão preventiva. É intrínseco ao princípio político criminal da privação da liberdade como *ultima ratio*<sup>1437</sup>. Segundo o art. 282, § 6º, do CPP, “a prisão preventiva será determinada quando não cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Daí, a contar da necessidade e da adequação da medida cautelar, somente em último caso ela será decretada.

Por isso, Eugênio Pacelli afirma, como consequência da Lei n.º 12.403 de 2011, que «a primazia deverá ser da imposição de medida cautelar diversa da prisão»<sup>1438</sup>. Faz-se mister impor qualquer outra medida cautelar que garanta as finalidades do processo penal, deixando para uma derradeira hipótese a privação da liberdade pessoal do investigado ou acusado.

Porém, com a Lei n.º 13.964 de 2019, modificou-se mais uma vez a regra. Agora, incluiu-se a palavra *somente* para reiterar a subsidiariedade da medida, bem como requer-se agora a indicação das razões concretas e individualizadas que afastaram a aplicação das medidas cautelares diversas previstas no art. 319, do CPP<sup>1439</sup>.

Pode parecer desnecessária, mas essa mudança revela um esforço legislativo em reiterar a necessidade de, primeiramente, considerar o emprego de medidas

---

residência fixa, estudar, trabalhar ou não como fundamento para a prisão preventiva, não descartou a necessidade de cotejar esses elementos com os fundamentos para a decretação da medida cautelar” (*Reforma tópica do processo penal*, p. 457).

<sup>1437</sup> ANTUNES, Maria João; *Direito Processual Penal*, p. 139.

<sup>1438</sup> *Curso de Processo Penal*, p. 517.

<sup>1439</sup> Redação do §6º do art. 282 do CPP pós Lei n.º 13.964 de 2019: “§ 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”.

descarceradoras e uma postura concreta do juiz em fundamentar a excepcionalidade da prisão preventiva.

De observar, nitidamente, uma nova política criminal concernente à prisão preventiva, no sentido de que, daqui em diante, seja pautada efetivamente pela subsidiariedade.<sup>1440</sup>

Este caráter subsidiário da prisão preventiva significa que o juiz deve considerar primeiro as medidas contidas no art. 319, do CPP<sup>1441</sup>, para só depois cogitar o emprego da prisão preventiva. É verdade que essa ponderação possui um viés normativo, porém o vetor da política criminal deve pesar no exame dessa decisão, na medida em que o sistema carcerário brasileiro padece de problemas estruturais, por exemplo, a superlotação.

No processo penal alemão, por conta do § 116 I, II, do StPO, o juiz poderá suspender o mandado de prisão preventiva nos casos fundados em perigo de fuga ou de iniquação das provas quando subsistir a possibilidade de impor medidas menos drásticas como comparecer em determinados momentos perante o juiz ou permanecer em sua residência<sup>1442</sup>.

---

<sup>1440</sup> Para Walter Nunes da Silva Júnior, “De outro giro, note-se a virada copérmica do sistema criminal brasileiro. A prisão como pena, praticamente até então a única sanção prevista, a partir de 1988, passou a ser a execução, na medida em que deve ser substituída, sempre que possível, por uma ou mais restritivas do direito. No mesmo passo, a prisão processual, que era a única espécie de cautelar contemplada para tutelar o processo principal ou evitar o risco efetivo de que a pessoa continuasse a praticar crimes, a partir da edição da Lei n.º 12.403, de 2011, com a criação das cautelares não detentivas, passou a ser medida subsidiária, porquanto, quando adequado e suficiente, deve ser substituída por outra ou outras que não importem no recolhimento da pessoa a estabelecimento penal” (*Reforma Tópica do Processo Penal*, ob. cit., p. 428).

<sup>1441</sup> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

<sup>1442</sup> PFEIFFER, Gerd; *Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*. 4., Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2002, p. 295.

Em casos de perigo de reiteração, o § 116, III, do StPO permite a suspensão desde que o imputado cumpra determinadas instruções que dêem cabo os objetivos de uma possível detenção provisória.

Para Meyer-Goßner, considerando o que reza o § 112a II do StPO, a prisão preventiva para impedir a reiteração criminosa será necessariamente subsidiária, na medida em que só poderá ser imposta quando presente os pressupostos do § 112 e não couber a suspensão do § 116 do StPO<sup>1443</sup>.

De acordo com Graf, «*der Haftgrund der Wiederholungsgefahr ist subsidiärer Natur*»<sup>1444</sup>. Ou seja, uma prisão preventiva baseada no perigo de reiteração criminosa é de natureza subsidiária. Por isso mesmo, impõe-se uma escala de medidas cautelares, com isso ponderar da menos à mais invasiva aos direitos individuais, para assim determinar aquela que primeiramente atenda aos critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade<sup>1445</sup>.

Aury Lopes Jr., relativamente ao § 6º, do art. 282, do CPP brasileiro, escreve que «*o dispositivo 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*»<sup>1446</sup>.

A propósito, lembra-nos Walter Nunes, que por conta da Lei n.º 9.714 de 1998, houve uma mudança pontual em relação às penas no Brasil<sup>1447</sup>. Em que pese o art. 5º, inc. XLVI, da CF de 1988 consignar outras penas passíveis de aplicação, para além da privação da liberdade, como a pena social alternativa e a suspensão de direitos, o Código Penal dependia de uma regulamentação nesse sentido, que só se deu com a Lei n.º 9.714. Com isso, o art. 44, do CP, “mesmo na qualidade de pena, passou a ser subsidiária”<sup>1448</sup>. Sucede que no caso da prisão preventiva, inexistia qualquer previsão de medida subsidiária nesse sentido.

---

<sup>1443</sup> *Strafprozessordnung*, p. 543; cf. PFEIFFER, Gerd; *idem*, p. 285.

<sup>1444</sup> *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, p. 627.

<sup>1445</sup> Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; *Processo Penal*, p. 960.

<sup>1446</sup> *Idem*, p. 42.

<sup>1447</sup> SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; *Reforma Tópica do Processo Penal*, ob. cit., p. 427.

<sup>1448</sup> SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; *idem, ibidem*.

Daí porque, tornou-se cogente a necessidade de uma política criminal equânime relativamente à prisão preventiva<sup>1449</sup>. Isso começou com a Lei n.º 11.340 de 2006, que instituiu as medidas protetivas de urgência para os casos que envolvessem violência doméstica, mas efetivamente concretizada com a Lei n. 12.403 de 2011 que inseriu no CPP as medidas cautelares diversas da prisão. Finalmente, com a Lei n. 13.964 de 2019, reiterou-se esse compromisso.

Para André Nicolitt, “as prisões cautelares só podem ser decretadas quando todas as demais medidas cautelares se mostrarem insuficientes”<sup>1450</sup>. Nucci, por sua vez, comenta que “outro ponto positivo da nova lei é apresentar a prisão preventiva como *ultima ratio* (última opção), primando pelo respeito aos direitos e garantias individuais, de acordo com o princípio penal da intervenção mínima. Eis mais um contato entre os princípios penais e processuais penais: a prisão preventiva, tanto quanto a lei incriminadora, passa a ter a conotação de subsidiariedade (§§ 4º e 6º, do art. 282)”<sup>1451</sup>.

Portanto, somente como derradeira opção a prisão preventiva poderá ser decretada. Com isso, diante inexistência de uma medida cautelar diversa que cumpra os propósitos processuais ou jurídico-criminais cautelares, poderá ser cogitada sua imposição.

## 5. O princípio da limitação

Decerto, a prisão preventiva não pode ser temporalmente ilimitada. Caso contrário, ter-se-á uma antecipação de pena, circunstância essa que não se coaduna com o princípio da presunção de inocência<sup>1452</sup>. Segundo Werner Beulke, *Untersuchungshaft ist keine antizipierte Strafhaf*<sup>1453</sup>. Isto é, prisão preventiva não é uma antecipação pena.

---

<sup>1449</sup> Como ressaltou Walter Nunes, “Era, evidentemente, um paradoxo inaceitável. Por coerência sistêmica, era ingente a necessidade de adotar, quando ao processo penal, política criminal similar à do direito penal material, no sentido de serem previstas outras medidas cautelares que, conquanto de alguma forma representassem limitação ao direito de liberdade, não acarretassem, como a prisão, o recolhimento do indiciado ou acusado em estabelecimento carcerário” (*idem, ibidem*).

<sup>1450</sup> *Processo Penal Cautelar. Prisão e demais medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

<sup>1451</sup> *Idem*, p. 38.

<sup>1452</sup> Nesta direção, Gustavo Badaró consigna que “Em sua grande maioria a doutrina processual penal olvidou da distinção – mais terminológica do que de conteúdo – entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Não há no sistema jurídico-brasileiro, como subiste em Espanha<sup>1454</sup>, Portugal<sup>1455</sup>, Itália<sup>1456</sup> e Alemanha<sup>1457</sup>, um prazo expresso de duração da prisão preventiva contido no CPP, muito menos no bojo da CF.

---

Todavia, do ponto de vista prático, diante da consagração expressa do princípio da presunção de inocência da Constituição de 1988, extraíram-se as seguintes consequências quanto ao tratamento do acusado ao longo do processo: (1) a presunção de inocência não é incompatível com a prisão antes do trânsito em julgado, desde que tal prisão tenha natureza cautelar; (2) é incompatível com a presunção de inocência qualquer forma de prisão antes de trânsito em julgado, que constitua execução penal provisória ou antecipada. Diante de tais premissas, somente serão compatíveis com o estado de inocência medidas cautelares propriamente ditas, isto é, prisões processuais ou medidas cautelares alternativas à prisão que tenham natureza conservativa. De outro lado, não será constitucionalmente legítima qualquer medida que tenha por finalidade antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da condenação penal e, portanto, seja satisfativa, ainda que em caráter provisório” (*Processo Penal*, p. 949-950).

<sup>1453</sup> *Strafprozessrecht*, p. 13.

<sup>1454</sup> *Artículo 504. 1. La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción. 2. Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en los párrafos a) o c) del apartado 1.3.º o en el apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años.*

<sup>1455</sup> Artigo 215.º Prazos de duração máxima da prisão preventiva

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

<sup>1456</sup> *Art. 303. Termini di durata massima della custodia cautelare.*

*1. La custodia cautelare perde efficacia quando: a) dall'inizio della sua esecuzione sono decorsi i seguenti termini senza che sia stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio o l'ordinanza con cui il giudice dispone il giudizio abbreviato ai sensi dell'articolo 438, ovvero senza che sia stata pronunciata la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti: 1) tre mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni; 2) sei mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a sei anni, salvo quanto previsto dal numero 3); 3) un anno, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o la pena della reclusione non inferiore nel massimo a venti anni ovvero per uno dei delitti indicati nell'articolo 407, comma 2, lettera a), sempre che per lo stesso la legge preveda la pena della reclusione superiore nel massimo a sei anni;*

<sup>1457</sup> § 121 *Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate*

*(1) Solange kein Urteil ergangen ist, das auf Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Maßregel der Besserung und Sicherung erkennt, darf der Vollzug der Untersuchungshaft wegen derselben Tat über sechs Monate hinaus nur aufrechterhalten werden, wenn die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen oder ein anderer wichtiger Grund das Urteil noch nicht zulassen und die Fortdauer der Haft rechtfertigen. (2) In den Fällen des Absatzes 1 ist der Haftbefehl nach Ablauf der sechs Monate aufzuheben, wenn nicht der Vollzug des Haftbefehls nach § 116 ausgesetzt wird oder das Oberlandesgericht die Fortdauer der Untersuchungshaft anordnet. (3) Werden die Akten dem Oberlandesgericht vor Ablauf der in Absatz 2 bezeichneten Frist vorgelegt, so ruht der Fristenlauf bis zu dessen Entscheidung. Hat die Hauptverhandlung begonnen, bevor die Frist abgelaufen ist, so ruht der Fristenlauf auch bis zur Verkündung des Urteils. Wird die Hauptverhandlung ausgesetzt und werden die Akten unverzüglich nach der Aussetzung dem Oberlandesgericht vorgelegt, so ruht der Fristenlauf ebenfalls bis zu dessen Entscheidung. (4) In den*

Sem embargo do CPP de 1941, estruturado a partir do modelo italiano da década de 30, não havia a preocupação em compatibilizar o propósito processual de garantir a realização da justiça com a proteção dos direitos fundamentais, tanto que na exposição de motivos, Francisco Campos escrevera que “a duração da prisão provisória continua a ser condicionada, até o encerramento da instrução criminal, à efetividade dos atos processuais dentro dos respectivos prazos; mas estes são razoavelmente dilatados”.

No entanto, o art. 7º, n.º 5, da CADH<sup>1458</sup> prevê que toda pessoa presa deve ser julgada dentro de um prazo razoável ou posta em liberdade, enquanto aguarda o fim do processo. Aliás, o art. 7º, n.º 3, da Convenção não compactua com prisões arbitrárias, na hipótese, por exemplo, da prisão preventiva durar mais que o necessário ou desproporcional à condenação, caso ocorra.

Embora o art. 7º da CADH não indique um prazo limite, a Corte IDH considerou sua violação, no caso em que a pessoa permaneceu presa preventivamente por 13 (treze) anos (*Bayarri vs. Argentina* de 2008). Há na Convenção ADH, naturalmente, uma preocupação com a delimitação do tempo concernente à prisão preventiva, como de fato também reconheceu a Corte no caso *García Asto e Ramírez Rojas vs. Peru*<sup>1459</sup>.

Por isso, por mais que não subsista um prazo legal de duração no CPP, mas considerando o que dispõe a Convenção ADH e os precedentes da Corte IDH, a prisão preventiva deve ser necessariamente temporária.

No mais, diferentemente da pena, a prisão preventiva não se funda em um juízo de certeza delitiva como pressuposto à imposição da sanção criminal, mas em pressupostos materiais, uma vez desaparecidos, subtraem sua necessidade.

Por conseguinte, nesta matéria, há duas carências normativas. Um prazo máximo de duração da prisão preventiva, bem como um reexame periódico obrigatório dos motivos que a legitimaram. Essa, parece-nos resolvida com a Lei n.º 13.964 de 2019, quando passa

---

*Sachen, in denen eine Strafkammer nach § 74a des Gerichtsverfassungsgesetzes zuständig ist, entscheidet das nach § 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes zuständige Oberlandesgericht. In den Sachen, in denen ein Oberlandesgericht nach den §§ 120 oder 120b des Gerichtsverfassungsgesetzes zuständig ist, tritt an dessen Stelle der Bundesgerichtshof.*

<sup>1458</sup> Art. 7º, n. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

<sup>1459</sup> *Apud* ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *The American Convention on Human Rights*, p. 160.

a exigir um reexame dos motivos processuais a cada 90 (noventa) dias<sup>1460</sup>. Aquela, carece ainda de regulação no CPP.

É tão problemática essa situação, que Aury Lopes Jr tem como grave lacuna normativa. Para ele: «*Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da prisão cautelar, pois em momento algum foi determinada esta questão*»<sup>1461</sup>.

Essa norma *lege ferenda* enseja situações de evidente ofensa ao princípio da presunção de inocência. Em muitos casos, o tempo de prisão preventiva supera o tempo de pena imposta quando sobrevém a sentença definitiva. Isso porque, enquanto o juiz ou Tribunal vislumbrarem um motivo processual, poderá manter a prisão preventiva.

Lembra-nos Aury Lopes, que o Projeto de Lei n.º 4.208 de 2001 que resultou na Lei n. 12.403 de 2011, previa um prazo máximo de 180 dias para a prisão preventiva em cada grau de instrução, salvo se o imputado desse causa a demora do processo. Porém, com o veto sobre essa proposição, o CPP continua sem um limite temporal expreso. Embora a Lei n.º 13.964 de 2019 regule novas questões, como o reexame obrigatório dos requisitos da prisão preventiva, nos termos do art. 316, parágrafo único, do CPP, não inseriu no Código nenhum prazo limite à medida cautelar.

De todo modo, não tardará para a edição de uma regra clara nesse sentido, como existe em muitos países, bem como em função do que prevê o art. 7º, n.º 5, da Convenção ADH.

Essa temporariedade diz respeito, de igual sorte, ao reexame constante dos requisitos, mormente processuais, que ensejaram a medida cautelar. Significa isso dizer que a decisão deve ser tempos em tempos novamente avaliada relativamente a sua pertinência e licitude. Hélio Tornaghi via nisso uma maneira de reduzir os males da prisão preventiva<sup>1462</sup>. Como dito, o parágrafo único do art. 316 do CPP, agora obriga o reexame periódico da medida

---

<sup>1460</sup> Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. 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.

<sup>1461</sup> *Idem*, p. 37.

<sup>1462</sup> *Idem*, p. 272.

No direito alemão, o § 117 StPO dispõe sobre *Haftprüfung*, uma regra segundo a qual o preso preventivo pode, a qualquer momento, requerer ao juiz o reexame da decisão que decretou a medida de coação<sup>1463</sup>. No processo penal português, o art. 213, do CPP deixa claro que o juiz deve rever de ofício ou a pedido a decisão a cada três meses<sup>1464</sup>.

Segundo André Nicolitt, “à luz do que dispõe o parágrafo único do art. 22 da Lei n.º 12.850/2013, a prisão provisória tem prazo de 120 dias”. Essa norma cuida especificamente do combate às organizações criminosas, que por conta do seu art. 2º supõe a reunião de 4 (quatro) ou mais pessoas em uma estrutura organizada inclinada a prática de infrações criminais, cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos de reclusão<sup>1465</sup>.

Ocorre que o art. 22 da Lei n.º 12.850 de 2013 não determina o prazo da prisão preventiva<sup>1466</sup>. O prazo de 120 dias, na verdade, relaciona-se ao tempo máximo que pode durar a instrução na hipótese do imputado responder o processo preso. Portanto, não há previsão legal de prazo máximo de prisão preventiva, a despeito do referido artigo.

---

<sup>1463</sup> MEYER-GOßNER, Lutz; *Strafprozessordnung*, p. 541; PFEIFFER, Gerd; *Strafprozessordnung Kommentar*, p. 295.

<sup>1464</sup> Artigo 213.º Reexame dos pressupostos da prisão preventiva e da obrigação de permanência na habitação: 1 - O juiz procede oficiosamente ao reexame dos pressupostos da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, decidindo se elas são de manter ou devem ser substituídas ou revogadas: a) No prazo máximo de três meses, a contar da data da sua aplicação ou do último reexame; e b) Quando no processo forem proferidos despacho de acusação ou de pronúncia ou decisão que conheça, a final, do objecto do processo e não determine a extinção da medida aplicada. 2 - Na decisão a que se refere o número anterior, ou sempre que necessário, o juiz verifica os fundamentos da elevação dos prazos da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, nos termos e para os efeitos do disposto nos n.os 2, 3 e 5 do artigo 215.º e no n.º 3 do artigo 218.º 3 - Sempre que necessário, o juiz ouve o Ministério Público e o arguido. 4 - A fim de fundamentar as decisões sobre a manutenção, substituição ou revogação da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, o juiz, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público ou do arguido, pode solicitar a elaboração de perícia sobre a personalidade e de relatório social ou de informação dos serviços de reinserção social, desde que o arguido consinta na sua realização. 5 - A decisão que mantenha a prisão preventiva ou a obrigação de permanência na habitação é susceptível de recurso nos termos gerais, mas não determina a inutilidade superveniente de recurso interposto de decisão prévia que haja aplicado ou mantido a medida em causa.

<sup>1465</sup> Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1o Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

<sup>1466</sup> Art. 22. Os crimes previstos nesta Lei e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), observado o disposto no parágrafo único deste artigo. Parágrafo único. A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu.



Todavia, no que tange à prisão preventiva e às medidas cautelares penais que tocam à liberdade pessoal, cabe fixar um prazo máximo para sua duração. Para Nicolitt, «*representa uma grave omissão legislativa que, por ora deverá ser suprida pela doutrina e jurisprudência*»<sup>1467</sup>.

Nereu José Giacomolli, por exemplo, propõe o limite de 1/6 da pena mínima como critério de duração da prisão preventiva, na medida em que inexistente na legislação brasileiro um prazo específico<sup>1468</sup>.

Porém, o STF reconheceu em diversos casos o excesso de prazo na duração da prisão preventiva com base na demora desrazoável da instrução. Há precedentes que dão conta, por exemplo, do excesso de prazo quando a prisão preventiva supera o período de 2 anos<sup>1469</sup>.

Em verdade, para o STF «*a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando*»<sup>1470</sup>. De todo modo, não existe qualquer prazo pragmático em relação a duração da prisão preventiva no Brasil.

O Projeto do novo CPP em curso no Congresso indica um prazo de 6 meses a 1 ano. Entretanto, nada subsiste de concreto, no sentido da aprovação desse projeto que completou uma década de tramitação (PLS n.º 156 de 2009). Em resumo, quem decide o excesso é o juiz, muito embora baseado no exame de cada caso, mas que “concretamente” dá margem a toda e qualquer interpretação e abusos.

## 6. O princípio da substitutividade

---

<sup>1467</sup> *Processo Penal Cautelar*, p. 43.

<sup>1468</sup> *Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 93.

<sup>1469</sup> HC 94.294, j. 5-8-2008; HC 103.630, j. 13-12-2011; HC 103.793, j. 22-6-2010. No HC 94.294, decidiu-se que: “Prisão preventiva. Excesso de prazo. Custódia que perdura por mais de dois anos. Instrução processual ainda não encerrada. Incidente de insanidade mental não concluído. Demora do exame não imputável à defesa. Feito de certa complexidade. Gravidade do delito. Irrelevância. Dilação não razoável. Constrangimento ilegal caracterizado. (...) A duração prolongada e abusiva da prisão cautelar, assim entendida a demora não razoável, sem culpa do réu, nem julgamento da causa, ofende o postulado da dignidade da pessoa humana e, como tal, consubstancia constrangimento ilegal, ainda que se trate da imputação de crime grave”.

<sup>1470</sup> HC 94.294, j. 5-8-2008; HC 103.630, j. 13-12-2011; HC 103.793, j. 22-6-2010.

Como medida cautelar, a prisão preventiva pode ser substituída por outra diversa que consiga responder aos riscos processuais, sobretudo prevenir o risco de fuga do imputado, o risco de destruição dos meios de prova ou o risco de reiteração criminosa<sup>1471</sup>.

Essa seria, segundo Aury Lopes Jr., a grande inovação trazida pela Lei n.º 12.403 de 2011, que por meio do novo art. 319, do CPP, incorporou ao Código uma dezena de medidas menos gravosas em relação à prisão preventiva. Porém, ressalta que na ausência dos pressupostos para a sua imposição, não há que falar em prisão preventiva, conseqüentemente, incabível qualquer medida cautelar<sup>1472</sup>.

É possível, por exemplo, substituir a prisão preventiva motivada pelo risco à produção de provas, logo que finalizada a fase de instrução processual. Ela perdera sentido, na medida em que desapareceu o “motivo para que subsista”, como determina o § 5º do art. 282, do CPP.

O art. 212, n.º 3, do CPP português, por exemplo, prevê que “quando se verificar uma atenuação das exigências cautelares que determinaram a aplicação de uma medida de coacção, o juiz substitui-a por outra menos grave ou determina uma forma menos gravosa da sua execução”.

Segundo Walter Nunes, que designa essa característica de princípio da fungibilidade, com a Lei n.º 12.403 de 2011 será pertinente a substituição da prisão preventiva «*sempre que possível, quando uma ou mais das medidas diversas previstas for suficiente para a tutela do processo ou evitar a prática de outros crimes pelo acusado*»<sup>1473</sup>.

Outrossim, particularmente em relação ao Brasil, há uma razão de natureza político-criminal à substitutividade da prisão preventiva. É que o sistema carcerário brasileiro, consoante apontamos no início, passa por uma grave crise de superlotação, razão pela qual o STF reconheceu na ADPF n.º 347, um verdadeiro “estado de coisa inconstitucional”.

---

<sup>1471</sup> Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; *Processo Penal*, p. 960; cf. PACHELLI, Eugênio; *Curso de Processo Penal*, p. 506-508.

<sup>1472</sup> *Prisões Cautelares*, p. 146. Muito embora, de acordo com o próprio Aury, “tais medidas tão logo entraram em vigor passaram a ser deturpadas pela práxis judicial, não servindo, efetivamente, como redutoras de danos, mas sim como expansão de controle” (*idem*, p. 147).

<sup>1473</sup> *Reforma Tópica do Processo Penal*, *ob. cit.*, p. 422.

Segundo Júnia Barbon e Reynaldo Turollo Jr<sup>1474</sup>, o Brasil superou a Rússia e passou a ter a terceira maior população prisional do mundo, com 699 mil brasileiros presos, consoante dados do Ministério da Justiça. Desses, 40% são presos provisórios, ou seja, perto de 279 mil presos sem condenação.

Os dados mais recentes mostram que esse número não para de crescer. De acordo com o *World Prison Brief*<sup>1475</sup>, desde o início do ano de 2019, o Brasil possui 719 mil e 998 presos, dos quais 33,8% são presos provisórios, ou seja, perto de 243 mil sob prisão preventiva, sem contar os jovens com idade menor de 18 anos sujeitos à internação provisória.

De acordo com Mariana Vieira e Lauriberto Pompeu, caso todos os mandados de prisão emitidos pela justiça brasileira fossem cumpridos, haveria mais de 1 milhão de pessoas presas no Brasil<sup>1476</sup>. Porém, não há estrutura prisional que sustente esse contingente de pessoas.

Então, há uma crescente necessidade de substituir a prisão preventiva por medidas cautelares diversas<sup>1477</sup>, por absoluta incapacidade estrutural do sistema prisional brasileiro. Isso significa dizer, que para além de razões dogmáticas, o que impulsiona a substituição, diz respeito ao colapso do sistema prisional. Portanto, um motivo próprio de política criminal.

O art. 282, § 5º, do CPP, prevê que o “juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Embora não seja uma imposição legal, há um claro incentivo normativo direcionado à substituição da prisão preventiva<sup>1478</sup>.

Na mesma senda, o art. 282, § 6º, do CPP renovou o compromisso legal com a substituição da prisão preventiva. Pois, “será determinado quando for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Por outro lado, “o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos

---

<sup>1474</sup> Folha de São Paulo, Edição de 08 de dezembro de 2017.

<sup>1475</sup> Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total>. Acesso em: 14.03.2019.

<sup>1476</sup> Folha de São Paulo de 30 de abril de 2018.

<sup>1477</sup> Cf. GIACOMOLLI, Nireu José; *Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere*, p. 99.

<sup>1478</sup> Conferir, *in casu*, a Resolução n.º 137 de 13 de julho de 2011 do CNJ.

presentes do caso concreto, de forma individualizada”, nos termos da Lei n.º 13.964 de 2019, que deu nova redação ao dispositivo.

Além disso, as regras concernentes à prisão domiciliar, contidas no art. 318 do CPP, dão conta do escopo substitutivo da prisão preventiva por uma medida cautelar alternativa à prisão.

Por exemplo, estabelece que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o imputado possui mais que 80 (oitenta) anos, debilitado por doença, a gestantes e pessoas indispensáveis aos cuidados de criança com até 12 anos de idade<sup>1479</sup>, motivos esses que não são necessariamente materiais, muito menos processuais, mas especialmente de natureza político-criminal.

Não se olvide, por oportuno, que não cabe mais no Brasil prisão preventiva de gestante ou mãe de criança sob seus cuidados, salvo nos casos de crimes com violência ou grave ameaça, bem como contra o filho dependente. Por conta do art. 318-A, introduzido pela Lei n.º 13.769 de 2018, para esses casos, a prisão preventiva será substituída por prisão domiciliar.

Esse atributo da prisão preventiva, segundo Aury Lopes Jr., relaciona-se ao princípio da “provisionalidade”<sup>1480</sup>. Quer dizer, as prisões cautelares são situacionais. Ou seja, uma vez desaparecido o mote legitimador, deve-se cessar a prisão.

Assim, «a prisão preventiva ou quaisquer medidas alternativas poderão ser revogadas ou substituídas, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, desde que desapareçam os motivos que as legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas desde que surja a necessidade»<sup>1481</sup>, conclui Aury.

## 7. Os pressupostos materiais da prisão preventiva

---

<sup>1479</sup> LOPES Jr., Aury; *Prisões Cautelares*, p. 163.

<sup>1480</sup> *Prisões Cautelares*, p. 35; cf. GIACOMOLLI, Nireu José; *Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere*, p. 32.

<sup>1481</sup> LOPES Jr., Aury; *Direito Processual Penal*, p. 794.

É impensável uma prisão preventiva sem considerar um crime como ponto de partida<sup>1482</sup>. Não por menos, diz o art. 285, parágrafo único, alínea “c”, do CPP, que o mandado de prisão deve conter a indicação, evidentemente, clara e precisa, da “infração penal que motivar a prisão”.

Essa tarefa, porém, não parece simples. Basta pensar na função do direito penal como instrumento de proteção dos bens jurídicos. É dever do direito penal velar, por exemplo, pela probidade da administração pública. Contudo, nem sempre se consegue descrever com precisão as condutas efetivamente praticadas que se adaptem aos delitos de corrupção contidos na legislação penal.

Exige a norma, de qualquer modo, a descrição precisa da conduta criminosa perpetrada, pois esse requisito material da prisão preventiva consiste exatamente na existência de um crime previsto legalmente (*nulla poena sine crimine*)<sup>1483</sup>.

Deveras, não basta o crime, faz-se mister a prova de sua ocorrência. Numa palavra, requer-se a prova da sua existência. Ou seja, essa prova da materialidade tem que existir para motivar uma prisão preventiva.

Neste ponto, o art. 312, do CPP é objetivo, uma vez que a prisão preventiva somente será permitida “quando houver prova da existência do crime”, sem embargo dos motivos processuais descritos na primeira parte do art. 312, cuja interpretação e aplicação, por conta da necessária sistematização, só será válida considerando o que está escrito também no art. 285, do CPP.

Eis aqui, mais um motivo porque não é preciso uso do termo *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*, à guisa de pressupostos da prisão preventiva,<sup>1484</sup> ainda que indicado por parte expressiva da doutrina brasileira.

---

<sup>1482</sup> Inclusive considerando toda a estratificação inerente ao conceito analítico de crime, consoante bem desenhou Aury Lopes Júnior, “sem dúvida que a análise do elemento subjetivo do tipo é crucial, até porque sua ausência conduz à atipicidade da conduta (sem crime, não há que falar em prisão preventiva) ou à desclassificação para o tipo culposos (e não cabe prisão preventiva por crime culposos). Logo, a análise do dolo é fundamental” (*idem*, p. 90).

<sup>1483</sup> ROXIN, Claus; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 96; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Direito Penal – Parte Geral*, p. 181.

<sup>1484</sup> Lembra Walter Nunes que “a doutrina em geral faz a distinção entre os requisitos ou pressupostos e os fundamentos para a aplicação de medida cautelar. Ao tempo em que só existia, na qualidade de medida cautelar de ordem pessoal, a prisão preventiva, os requisitos ou pressupostos eram tidos como o *fumus boni iuris* ou *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade da procedência da pretensão acusatória, enquanto os fundamentos representavam o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*. Essa inteligência foi construída em consonância com a leitura do art. 312 do Código de Processo Penal, o qual, a par de contemplar, em sua

Em verdade, essa expressão significa a ideia da “fumaça do bom direito”, ou seja, a probabilidade do direito ou aparência do direito<sup>1485</sup>. Fica ainda pior quando se tenta transpor para o processo penal como “fumaça do delito cometido”, quer dizer, uma probabilidade da ocorrência do crime.

Só que a norma contida no artigo 312, do CPP, não dá espaço à probabilidades, muito pelo contrário, exige a prova da existência do crime. Portanto, um requisito material claro concernente à prática do delito, ou melhor, certeza da materialidade.

De acordo com o escólio de Walter Nunes, «*a lei é cogente ao exigir prova da existência do crime, não sendo suficiente, quanto a esse aspecto, a mera suspeita, mas a prova da materialidade delitiva*»<sup>1486</sup>. Para Tourinho Filho, «*exige a lei prova da existência do crime. Não basta, pois, mera suspeita; a prova da materialidade delitiva é indispensável*»<sup>1487</sup>. Por isso, há que existir provas sobre a ocorrência do crime como requisito material da prisão preventiva.

Essa prova, não compreendida aqui na sua perspectiva processual que supõe um contraditório prévio, mas como indícios consistentes. É dizer, de elementos de convicção objetivos da subsistência da infração criminal. Por exemplo, uma interceptação telefônica, um extrato de movimentação financeira suspeita para *holdings* sem a comprovação da origem lícita dos recursos, um exame de corpo delito periciado ou imagens plotadas em circuitos de vigilância eletrônica. Em resumo, tudo que possa indicar o crime e suas circunstâncias e que sejam *prima facie* irrefutáveis, por isso mesmo imunes a quaisquer dúvidas.

Nesse sentido Guilherme Nucci, quando considera o primeiro requisito (fato criminoso), da prisão preventiva, para o qual «*significa evidente existência do crime – e não mera suspeita. Nesse caso, não válidos meros dados conjecturais ou hipotéticos, mas*

---

primeira parte, os fundamentos para a decretação da prisão preventiva, na segunda e última, cuida dos seus requisitos” (*Reforma Tópica do Processo Penal, ob. cit.*, p. 431); cf. PACELLI, Eugênio; *Curso de Processo Penal*, p. 570.

<sup>1485</sup> Cf. CARRILHO, Fernanda; *Dicionário de Latim Jurídico*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2010, p. 160.

<sup>1486</sup> *Reforma Tópica do Processo Penal, ob. cit.*, p. 432.

<sup>1487</sup> *Idem*, p. 550.

*elementos concretos, aptos, inclusive, a gerar condenação se fosse o momento apropriado»*<sup>1488</sup>.

Portanto, como pressuposto material da prisão preventiva, requer-se primeiramente a prova da materialidade.

Thomas Antkowiak e Alejandra Gonza subscrevem a expressão *sufficiente evidence of criminal responsibility* para realçar a posição da Corte IDH (*Acosta Calderón vs. Ecuador*), no sentido de que deve subsistir uma suspeita razoável do imputado ter praticado o crime, sob pena de caracterizar uma prisão arbitrária, contra o que prevê art. 7, n.º 3, da Convenção ADH<sup>1489</sup>.

Com relação à autoria, não se exige legalmente a mesma densidade de caracterização concernente à materialidade do crime. Isso porque o art. 312, do CPP, requer “indício suficiente de autoria”. Em síntese, menos do que se exige relativamente à prova da existência do crime.

Nesse ponto, comenta Walter Nunes que “nada obstante no que diz respeito à existência do crime a lei imponha a prova plena, o mesmo não ocorre em relação à autoria. Quanto à autoria, para fins de decretação da prisão preventiva, reclama-se, apenas, a existência de indício suficiente”<sup>1490</sup>.

No particular, o problema consiste em saber em que circunstâncias estará caracterizado o “indício suficiente de autoria”. Seria, por exemplo, um grau elevado de probabilidade<sup>1491</sup> (*hohe Wahrscheinlichkeit*)<sup>1492</sup>?

---

<sup>1488</sup> *Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade. As antíteses do Estado Democrático de Direito*, p. 158.

<sup>1489</sup> *The American Convention on Human Rights*, p. 158.

<sup>1490</sup> *Reforma Tópica do Processo Penal, ob. cit.*, p. 432.

<sup>1491</sup> Sobre os pressupostos materiais, escreve Julio Maier: “La orden de prisión preventiva supone que, previamente, quien la adicta, ha examinado la imputación, a la luz de los elementos de prueba incorporados al procedimiento penal, y el eventual descargo del imputado – ya detenido o todavía en libertad – en su indagatoria, más las consecuencias probatorias que de ella emergen o producidas por iniciativa de su defensa, y llegado a la conclusión de que existe un gran probabilidad de que el imputado haya participado culpablemente en un hecho punible objeto del procedimiento. Ello constituye aquello que la legislación procesal penal argentina tradicional conoce desde antaño como procesamiento. El procesamiento es, pues, un primer supuesto de la decisión que mantiene al imputado en prisión preventiva” (*Derecho Procesal Penal*, p. 413).

<sup>1492</sup> Cf. PAEFFGEN, Hans-Ullrich; *SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK*. Herausgegeben von Jürgen Wolter. Band II. 5., Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2016, p. 810; BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*, p. 127; cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bern; *Strafverfahrensrecht*, p. 244.

Sem embargo dos demais requisitos e motivações processuais de natureza cautelar, haverá compatibilidade entre a prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência na hipótese de subsistir indícios consistentes de que o imputado praticou o crime, próximo daquilo que Thomas Antkowiak considera como *sufficiente evidence of criminal responsibility*<sup>1493</sup>.

Indício suficiente, neste caso, supõe um grau superior de exigência em relação ao “indício” capaz de mover uma demanda criminal contra o imputado, pois o processo penal, por si só, não deixa de ser um “peso” contra uma pessoa<sup>1494</sup>.

Como corretamente sustenta Walter Nunes, “não se quer com isso dizer que a expressão indício suficiente infirme a ideia de que se trata de *prova leviior*, mas, sim, que esse requisito não se contenta com a simples possibilidade de autoria, a reclamar evidências de que o indiciado ou acusado é o provável autor do crime”<sup>1495</sup>.

Por isso mesmo, não concordamos com Guilherme Nucci quando, em relação ao requisito da suficiência indiciária da autoria, propõe tratar-se do “mínimo disponível para o recebimento da denúncia ou queixa ou mesmo para o juízo de admissibilidade da acusação no júri (pronúncia)”<sup>1496</sup>. Na verdade, o “lastro probatório” mínimo servirá para impor um processo criminal contra o imputado, circunstância que só por só encerra um prejuízo ao indivíduo. Para a prisão preventiva, considerando a presunção de inocência, requer-se, portanto, indícios consistentes da enorme probabilidade do cometimento do crime.

Porém, nem toda infração penal admite a decretação da prisão preventiva. Tem-se uma relação restrita de crimes, sobretudo marcado pelo *quantum* da pena em abstrato previsto no Código.

É que a Lei n. 12.403 de 2011 inovou, em sintonia com o princípio da excepcionalidade e da proibição do excesso, combinado com uma política criminal consequente da superlotação carcerária, para restringir as hipóteses de cabimento da prisão preventiva. De modo que, a prisão preventiva só terá lugar quando se tratar de crimes dolosos com pena privativa de liberdade cominada superior a 4 anos de reclusão (art. 313,

---

<sup>1493</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>1494</sup> Cf. FEELEY, Malcolm M.; *The Process is The Punishment. Handling Cases in a Lower Criminal Court*. New York: Russell Sage Foundation, 1979.

<sup>1495</sup> *Ob. cit.*, p. 432.

<sup>1496</sup> *Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade. As antíteses do Estado Democrático de Direito*, p. 158.



inc. I, do CPP), salvo nos casos de reiteração criminosa, violência de gênero e descumprimento de outras medidas cautelares.

Então, quanto aos requisitos ou pressupostos materiais da prisão preventiva, à luz da direito brasileiro, podemos organizar os seguintes: a) prova da existência do crime; b) indício consistente de autoria; c) gravidade do crime (correspondência às hipóteses previstas no art. 313, do CPP, que permitem a prisão preventiva); d) exigência cautelar (motivação processual).

Aury Lopes Jr reconhece que a *lei* diz muito pouco sobre a existência do crime e indícios de autoria, razão pela qual deve-se recorrer a uma interpretação sistemática e constitucional<sup>1497</sup>. Ele propõe que «*a fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável*». Seria, então, «*uma prognose sobre a questão de fundo*»<sup>1498</sup>.

Com base na afirmação de Carnelutti, segundo a qual a expressão indícios de autoria não revela muito, pergunta Aury Lopes: “Qual é o valor das provas de culpabilidade exigido para que o imputado possa ser detido? Será aquele mesmo para ser processado?”<sup>1499</sup>. Essa questão, segundo ele, supõe a distinção entre juízo de probabilidade e juízo de possibilidade<sup>1500</sup>.

---

<sup>1497</sup> *Prisões Cautelares*, p. 88.

<sup>1498</sup> *Idem*, p. 88. Segundo Aury Lopes Jr.: “É, antes de tudo, uma prognose sobre a questão de fundo, uma metáfora que designa os sintomas de uma situação jurídica (no léxico godschildiano). É simétrico ao *fumus boni iuris* do processo civil, mas com ele não se confundi. A identidade está na prognose, não na essência do conceito” (*idem*, p. 88).

<sup>1499</sup> *Idem*, p. 89.

<sup>1500</sup> Para Aury Loes Jr., “Segundo a lição de CARNELUTTI, existe possibilidade em lugar de probabilidade quando as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes. O juízo de possibilidade prescinde da afirmação de um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa. Para o indiciamento, seria suficiente um juízo de possibilidade, posto que no curso do processo deve o Ministério Público provar de forma plena, robusta, a culpabilidade do réu. Já para a denúncia ou queixa ser recebida, entendemos que deve existir probabilidade do alegado. A sentença condenatória, ainda que seja um ato de convencimento do juiz, somente se legitima quando calcada em um alto grau de probabilidade. Caso contrário, a absolvição é imperativa. Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado. A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao vero, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito. Interpretado as palavras de CARNELUTTI, requisitos positivos do delito significam prova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável. Além disso, não podem existir requisitos negativos do delito, ou seja, não podem existir (no mesmo nível de aparência) causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade etc.) ou de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição etc.)” (*Direito Processual Penal*, p. 833-834).

Neste caso, o juízo de possibilidade não depende da declaração de um predomínio das “razões positivas” ou das “razões negativas”. Para o indiciamento, bastaria um juízo de possibilidade, dado que no curso do processo caberia à acusação provar de maneira indubitosa a culpa do imputado<sup>1501</sup>. No particular da sentença, conquanto seja uma decisão com convencimento individual do magistrado, só será legítima se baseada em um elevado grau de probabilidade<sup>1502</sup>.

Segundo Aury Lopes Jr, «a prisão preventiva possui como requisito o *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade de ocorrência de um delito. Na sistemática do Código de Processo Penal (art. 312), é a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria»<sup>1503</sup>.

Parece-nos, como dito em notas anteriores, que em relação à existência do crime, não há margem de interpretação, o critério contido no art. 312, do CPP revela-se de modo preciso: prova da ocorrência do crime. Exige-se um juízo de certeza sobre a ocorrência do delito para iniciar o exame da necessidade da prisão preventiva.

Noutro vértice, quanto à autoria, o CPP reclama menos. O indício suficiente de autoria contido no art. 312 pode ser interpretado como *indícios consistentes que dão conta da elevada probabilidade do imputado ser o autor do crime*.

No *Habeas Corpus* n.º 133233 de 2016, o STF reconheceu que a gravidade do crime, somado aos fortes indícios de autoria e materialidade decorrentes da prisão em flagrante consistente no transporte de quantia considerável de drogas, bem como a necessidade de preservar a ordem pública, malgrado os bons antecedentes, eram mais que suficientes para validar a prisão preventiva. Aqui, os indícios de autoria são consistentes.

Por outro lado, no *Habeas Corpus* n.º 131555 de 2016, o STF revogou a prisão preventiva de acusada presa preventivamente há mais de 2 (dois) anos sem nenhum avanço no que toca a tramitação do processo criminal. Nesse caso, percebe-se uma clara sintonia da Corte com os princípios da temporariedade e da presunção de inocência.

Entrementes, o art. 312, do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 13.934 de 2019, prevê agora como pressupostos materiais da prisão preventiva: a) prova da existência do crime; b) indício suficiente de autoria; c) perigo gerado pelo estado de liberdade do

---

<sup>1501</sup> *Idem, ibidem*

<sup>1502</sup> LOPES Jr., Aury; *idem, ibidem*.

<sup>1503</sup> *Idem*, p. 92.

imputado. Esse mesmo dispositivo dá conta dos seguintes motivos processuais ou exigências cautelares: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) garantir a aplicação da lei penal.

Esse dispositivo, decididamente, reclama melhor redação. Por isso mesmo, subsistem interpretações das mais diversas em matéria de prisão preventiva no Brasil.

Em sentido contrário, considerando os princípios da presunção de inocência e da excepcionalidade, medidas cautelares processuais penais devem ser expressamente delimitadas, de modo a não permitir seu uso abusivo ou em descompasso com a Constituição e com as convenções sobre direitos humanos.

No bojo da reforma das medidas cautelares, lembra-nos Walter Nunes, a proposta consistia em prever de modo categórico as hipóteses de pertinência da prisão preventiva. Percebe-se a iniciativa, a partir da nova redação do art. 282, inc. I, do CPP, na medida em que condiciona o uso de qualquer medida cautelar pessoal: (a) necessidade para a aplicação da lei penal; (b) necessidade para a investigação ou instrução criminal; (c) necessidade para evitar a prática de infrações criminais<sup>1504</sup>.

Ocorre que o art. 312, do CPP, mesmo depois da Lei n.º 12.403 de 2011 e da Lei n.º 13.964 de 2019, preservou o fundamento da garantia da ordem pública ou econômica para decretar a prisão preventiva, ao passo em que deveria constar o objetivo de impedir a prática de novas infrações criminais.

---

<sup>1504</sup> *Reforma Tópica do Processo Penal*, ob. cit., p. 435. De acordo com Walter: “Seja como for, a Comissão da Reforma Tópica, procurando atender a crítica da doutrina, a par da redação conferida para o art. 282, inciso I, sugeriu, por coerência sistêmica, como fundamento para a decretação da prisão preventiva, a manutenção da ordem pública ou econômica. Em seu lugar, fez a previsão da possibilidade de decretação da prisão como medida para evitar a prática de novas infrações relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Isto é, a prisão preventiva aplicada no desiderato de evitar a prática de novas infrações, consoante a proposta, só seria permitida em relação aos casos expressamente previstos. Acontece que, no Parlamento, conquanto se tenha aceito, sem restrições, a proposta relativa ao art. 282, I, o mesmo não verificou quanto à sugestão para o art. 312, que restou desaprovada, sendo, em consequência, mantida a mesma redação. Apenas com essa explicação é que se compreende o que o legislador quis dizer, na parte final do inciso I do art. 282 do CPP, ao preceituar ‘...e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais’. Essa expressão nos casos expressamente previstos tinha relação direta com a redação proposta para o art. 312 do CPP, a qual cuidava de anunciar quais eram os casos expressamente previstos na lei como autorizadores da decretação da prisão preventiva com fundamentação na sua necessidade para evitar a prática de crimes. Pois bem, rejeitada a redação proposta para o art. 312 do CPP, para manter a coerência sistêmica, no mínimo, deveriam ter sido providenciados os ajustes necessários no art. 282, I, com a retirada do texto não apenas da expressão e nos casos expressamente previstos como o retorno da referência à ordem econômica e financeira” (ob. cit., p. 437-438).

De todo modo, sustenta Walter Nunes que «a coexistência harmônica dos arts. 282, I, e 312, ambos do CPP, aceita como única interpretação razoável a assertiva de que a autorização para o juiz decretar a prisão preventiva, sob o fundamento da necessidade de garantia da ordem pública ou econômica restringe-se à circunstância em que a medida se justifica para evitar a prática de novas infrações»<sup>1505</sup>.

Neste particular, escreve Guilherme Nucci que o legislador, quando da edição da Lei n. 12.403 de 2011, deixou de ousar para definir melhor as situações em que caberiam o emprego da prisão preventiva, como no que diz respeito à garantia da ordem pública, por exemplo<sup>1506</sup>.

Porém, o legislador optou por permitir mais espaço de cognição jurisdicional, tendo em conta as respectivas peculiaridades do caso em concreto<sup>1507</sup>. Tourinho Filho, a propósito, chega a criticar essas circunstâncias, que para ele deveria se resumir à preservação da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal<sup>1508</sup>.

De todo modo, urge a necessidade de reformar o CPP neste ponto, para que as hipóteses de prisão preventiva sejam restritas ao risco de fuga do imputado, ao risco de inquinação das provas ou ao risco de reiteração criminosa.

Porém, mesmo *lege ferenda*, há que considerar, na esteira da conclusão de Walter Nunes, que “os fundamentos do art. 282, I, do CPP, são comuns à prisão preventiva e às demandas cautelares diversas da prisão”<sup>1509</sup>. Ou seja, como condição à prisão preventiva, tem-se que a medida só caberá quando necessária e adequada a preservar o processo e a impedir a prática de novos crimes.

O primeiro motivo processual ou exigência cautelar da prisão preventiva no Brasil diz respeito à garantia da ordem pública ou da ordem econômica. E ainda, considerando o que dispõe o art. 282, inc. I, do CPP, para evitar a prática de novas infrações criminais.

---

<sup>1505</sup> *Ob. cit.*, p. 438.

<sup>1506</sup> *Prisão e Liberdade*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 88.

<sup>1507</sup> Segundo Nucci: “O legislador poderia ter ousado, definindo ou detalhando o que vem a ser cada um dos fatores da prisão preventiva, ao menos os mais abrangentes, como garantia da ordem pública e da ordem econômica. Não o fez, possivelmente para continuar tolerando seja o juiz o protagonista da conceituação, conforme o caso concreto. Qualquer interferência, nesse setor, poderia dar margem ao cerceamento do uso da prisão cautelar” (*Prisão e Liberdade*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 88).

<sup>1508</sup> *Processo Penal 3*. 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 543.

<sup>1509</sup> *Reforma Tópica do Processo Penal*, ob. cit., p. 440.

Porém, não há no CPP qualquer dispositivo legal que discipline o que se entende por ordem pública.

Segundo Guilherme Nucci, «a garantia da ordem pública é o mais aberto de todos e, por óbvio, o mais utilizado e banalizado. Assegurar a ordem pública é um eufemismo natural, pois não será a prisão cautelar de um ou outro acusado que imporá a paz na conturbada vida em sociedade»<sup>1510</sup>.

Para Aury Lopes Jr, «grave problema encerra ainda a prisão para a garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico»<sup>1511</sup>.

Por essa razão, há muita controvérsia em relação à significação da manutenção da ordem pública, pois para alguns revela-se como medida de segurança, não propriamente medida cautelar processual<sup>1512</sup>. Por outro lado, dentro da proposta traçada neste estudo, prisão preventiva motivada no afã de impedir a reiteração criminosa tem a ver com a finalidade processual de restaurar a paz jurídica rompida com o crime cometido<sup>1513</sup>.

Essa imprecisão sobre o conceito de ordem pública concorre para que os tribunais a interpretem da maneira mais elástica possível<sup>1514</sup>. Ao revés, deveria ser o inverso, dado a restrição à liberdade em discussão, muito embora o STF reconheça que as hipóteses de cabimento, a partir da redação do art. 312, sejam restritas<sup>1515</sup>.

---

<sup>1510</sup> *Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade. As antíteses do Estado Democrático de Direito*, p. 158.

<sup>1511</sup> *Direito Processual Penal*, p. 866.

<sup>1512</sup> Para Walter Nunes, mesmo não sendo no primeiro lance uma medida cautelar, considera que ela guarda relação com o processo, pois esse serve também à ressocialização quando busca impedir que o imputado cometa novos crimes: “Conforme salientado, essa é a hipótese de medida cautelar pessoal mais debatida, pois, à primeira vista, não se presta para tutelar, propriamente, o processo, apresentando-se mais como uma medida de segurança para a sociedade, cuja finalidade é manter a ordem pública. Acontece que não seria nada razoável que não fosse prevista como hipótese para medida de urgência no campo criminal a necessidade de sua imposição na qualidade de instrumento hábil para evitar que o acusado continue a praticar crimes. Ademais, a finalidade do processo principal, no ambiente criminal, não se contenta, apenas, em buscar a punição, mas a ressocialização e, enfim, que o acusado não pratique novos delitos ou contine desenvolvendo a sua atividade criminosa. Por conseguinte, desde que desenvolvendo a sua atividade criminosa. Por conseguinte, desde que a necessidade da manutenção da ordem pública ou econômica se confunda com a necessidade da decretação de medida cautelar pessoal a fim de evitar a prática de novos crimes, não há de negar-se a sua natureza cautelar” (*Reforma Tópica do Processo Penal, ob. cit.*, p. 451).

<sup>1513</sup> Cf. ANTUNES, Maria João; *O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação*, p. 1237-1268.

<sup>1514</sup> Sobre as diferentes interpretações cf. PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi; *Prisão preventiva. A contramão da modernidade*, p. 140.

<sup>1515</sup> Cf. HC n.º 102.460; HC n.º 102.368.

Nada obstante, o motivo concernente à gravidade do crime perpetrado costuma, de maneira recorrente, ser invocado como razão à prisão preventiva, sob o fundamento da garantia da ordem pública, sem qualquer conexão com um escopo de natureza processual.

Nessa perspectiva, o STF decidiu no HC n.º 137.449 que “a gravidade em concreto do delito, evidenciada pelo *modus operandi* e pela quantidade de droga apreendida, justifica a decretação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal”.

Vê-se que, conquanto não seja um motivo instrumental, na prática, critérios como “gravidade do crime” são mencionados como hipóteses subjacentes à garantia da ordem pública para fins de prisão preventiva, o que não se compatibiliza com a nova redação do art. 282 do CPP que encerra diretrizes gerais à orientação dos juízes<sup>1516</sup>.

Segundo o STF, um outro exemplo de critério caracterizador da garantia da ordem pública, diz respeito à periculosidade do imputado, como pontuado no HC n.º 126.501. Nesse *habeas corpus*, levou-se em consideração a existência de inquéritos policiais contra o imputado, bem como outros processos criminais em curso, para manter o suspeito preventivamente preso<sup>1517</sup>.

Na mesma direção, decidiu a Corte no HC n.º 96.212 que «*pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social quanto à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública)*».

Contudo, o próprio STF decidiu no HC n.º 114.226 que não se coaduna com o princípio da presunção de inocência considerar o sujeito perigoso no curso do processo penal, sob o pretexto de impor uma prisão preventiva<sup>1518</sup>.

---

<sup>1516</sup> GOMES FILHO, 2012, p. 40.

<sup>1517</sup> Segundo Regis Prado, “a despeito de tal pensamento, a prisão pela periculosidade do indiciado ou réu é recorrente no Supremo Tribunal Federal e na prática brasileira. Tal sentido, atribuído inicialmente à necessidade e conveniência (antes de 1941), e à ordem pública posteriormente, encontra identidade com o sentido medieval de ordem pública segundo o qual a autoridade policial ou o executivo realizava a prisão para evitar a desordem, dada a periculosidade do agente” (*idem*, p. 140-141).

<sup>1518</sup> Prisão preventiva. Periculosidade. Processo em curso. Contraria o princípio da não culpabilidade assentar, para efeito da prisão preventiva, a periculosidade do agente considerado processo em curso (HC 114.226, j. 8-10-2013).

Vê-se que o critério concernente à ordem pública não é preciso, por isso mesmo permite diversas interpretações em relação à comportamentos sujeitos à prisão preventiva, cujo sentido deveria ser muito mais de feição jurídico-processual<sup>1519</sup>.

Por isso mesmo, divisamos como correta a posição de Hélio Tornaghi, quando dizera que “fórmulas como estas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão”<sup>1520</sup>. Com isso, não basta o fator periculosidade, faz-se mister considerar as circunstâncias e a natureza do crime cometido.

André Nicolitt, por exemplo, advoga a inconstitucionalidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, para o qual «*os únicos fundamentos, constitucionalmente válidos, para a prisão previstos no art. 312 do CPP são: o risco à instrução processual e o risco à aplicação da lei penal*»<sup>1521</sup>.

Essa a razão pela qual subsiste tanta controvérsia sobre a caracterização desse requisito, pois para alguns não guarda consonância com um propósito processual cautelar.

---

<sup>1519</sup> Tourinho Filho, sobre esse aspecto, tece consideráveis críticas, segundo ele “certo que o art. 312 do CPP alude a quadro circunstâncias. Além dessas a que nos referimos, mais duas: ‘garantia da ordem pública’ e ‘garantia da ordem econômica’. Não se pode perder de vista que o nosso diploma processual data de 1942 e foi elaborado durante o regime ditatorial. Àquela época, o nosso ordenamento não conhecia o princípio da presunção de inocência como dogma constitucional, ou, se o conhecia, dele fez tábula rasa. Hoje, sim, é dogma de fé. Como a prisão preventiva tem caráter eminentemente cautelar, fácil concluir que as duas últimas circunstâncias autorizadoras da medida extrema repousam na conveniência da sociedade ou têm um critério meramente utilitário. Em suma: seus fins são inegavelmente extraprocessuais. Não tendo, como de fato não tem, caráter cautelar, elas representam, sem a menor sombra de dúvida, antecipação da pena. É como se o Juiz já estivesse condenando o réu, à semelhança do que havia na Inglaterra e na França antes do século XII: *exécution sommaire*” (p. 553).

<sup>1520</sup> *Manual de Processo Penal*, 1963, idem, p. 619.

<sup>1521</sup> *Ob. cit.*, p. 97. Segundo André Nicolitt, “Quando a prisão cautelar é dirigida a evitar a prática de infrações penais, ou tutelar a ordem pública, o clamor público, a ordem econômica, assegura a credibilidade da justiça, o que se busca na verdade, diversamente da tutela do processo, é o controle social, a prevenção, geral ou específica, que é o objetivo da pena e não das medidas cautelares. Como já deixamos registrado no capítulo sobre ‘os princípios reitores do processo penal cautelar’, as teorias relativas da pena sustentam extamente que o fundamento da pena é a necessidade de evitar a prática futura de delitos, ou seja, a pena é instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos, trata-se de prevenção geral e específica. Percebe-se assim, que a garantia da ordem pública prevista no caput do art. 312 do CPP é o objetivo da pena, não podendo ser perseguido por via cautelar. Tal dispositivo antecipa os objetivos da pena, o que viola a presunção de inocência, sendo, portanto, repita-se, inconstitucional. Neste sentido, saliente-se que a utilização da prisão cautelar como meio para garantia de tais conceitos indeterminados, fere de morte o próprio imperativo Kantiano, eis que desconsiderado o indivíduo como sujeito de direitos e fim em si mesmo, instrumentalizando-o, viola-se frontalmente a cláusula fundamental da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1.º, III, da CF/1988” (*idem*, p. 97).

Estaria mais para uma medida de segurança<sup>1522</sup> ou de prevenção criminosa, do que propriamente uma medida cautelatória do processo penal<sup>1523</sup>.

De qualquer maneira, convém registrar que a suposição deve ser concreta, baseada em elementos de prova de periculosidade. Nessa perspectiva, por exemplo, decidiu o STF, para o qual «a referência hipotética à mera possibilidade de reiteração de infrações penais, sem nenhum dado concreto que lhe dê amparo, não pode servir de supedâneo à prisão preventiva»<sup>1524</sup>.

No mais, com apoio no art. 312, do CPP, somado com o art. 282, inc. I, do CPP, decreta-se a prisão preventiva em função da investigação ou instrução criminal, sem saber ao certo o que significa essa expressão, muito menos se tem abrigo dentro de um Estado de Direito democrático.

O art. 312, do CPP, permite a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. No caso da investigação, decorre do art. 282, inc. I, CPP. Em todo caso, as duas hipóteses são imprecisas, quando deveriam deixar claro que a prisão preventiva deveria servir para impedir a destruição da prova, como indica o art. 204º, do CPP português<sup>1525</sup> e o § 112 II (3) do StPO alemão<sup>1526</sup>.

---

<sup>1522</sup> Nesse sentido Rogerio Schiatti, para o qual “pode-se claramente perceber, poranto, que a prisão cautelar também se utiliza em outros ordenamentos com funções de medida de segurança ou de defesa social, o que é compreensível ante a necessidade de proteger a sociedade contra investidas criminosas que perturbam a paz e a ordem públicas” (As medidas cautelares no projeto do novo CPP. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 46. n. 183. Brasília: Senado, julho./set. 2009, p. 221).

<sup>1523</sup> Cf. MEYER-GOßNER, Lutz; *Strafprozessordnung*, p. 514; cf. PFEIFFER, Gerd; StPO. *Strafprozessordnung Kommentar*, p. 277; TSAMBIKAKIS, Michael; *Strafprozessordnung Kommentar*, p. 478.

<sup>1524</sup> HC n.º 86.833.

<sup>1525</sup> Art. 204.º Requisitos gerais. Nenhuma medida de coacção, à excepção da prevista no artigo 196.º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida: a) Fuga ou perigo de fuga; b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas.

<sup>1526</sup> § 112 Voraussetzungen der Untersuchungshaft; Haftgründe. (1) Die Untersuchungshaft darf gegen den Beschuldigten angeordnet werden, wenn er der Tat dringend verdächtig ist und ein Haftgrund besteht. Sie darf nicht angeordnet werden, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht. (2) Ein Haftgrund besteht, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen. 1. festgestellt wird, daß der Beschuldigte flüchtig ist oder sich verborgen hält, 2. bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles die Gefahr besteht, daß der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde (Fluchtgefahr), oder 3. das Verhalten des Beschuldigten den dringenden Verdacht begründet, er werde: a) Beweismittel vernichten, verändern, beiseite schaffen, unterdrücken oder fälschen oder; b) auf Mitbeschuldigte, Zeugen oder Sachverständige in unlauterer Weise einwirken oder; c) andere zu solchem Verhalten veranlassen, und wenn deshalb die Gefahr droht, daß die Ermittlung der Wahrheit erschwert werde (Verdunkelungsgefahr).



Sendo assim, por conta dessa imprecisão normativa, recorre-se com frequência a prisão preventiva com o fim de produzir provas, circunstância essa que, a toda evidência, carece de respaldo democrático.

Walter Nunes lembra que a doutrina nacional considerava que a conveniência à instrução criminal cumpria dois objetivos, a saber, usar o agente como elemento probatório do processo e evitar que o agente, em liberdade, pudesse obstruir a descoberta da verdade<sup>1527</sup>.

É claro que a primeira não guarda sintonia com o justo processo, porquanto ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, vez que respaldado pelo direito ao silêncio. No mais, o réu ocupa a condição de sujeito processual<sup>1528</sup>, motivo porque não pode ser objeto de prova.

Essa “conveniência à instrução processual” não raramente é usada para impor uma prisão preventiva, no afã de pressionar o imputado a colaborar com as investigações, mormente nos casos de “colaboração premiada”.

Luigi Ferrajoli, por oportuno, listou duas maneiras para mostrar o uso abusivo da prisão preventiva. Quando essa visa à antecipação da pena, bem como na hipótese de *coercizione inquisitoria*. Essa segunda, marcada pela delação realizada pelo preso preventivamente, na esperança de obter sua liberdade<sup>1529</sup>.

É um método propriamente policialesco, semelhante a tortura que ocorrida no passado, afirma Ferrajoli. Ou seja, na promessa de liberdade, socorre-se o imputado da delação para se contrapor ao temor imposto pela prisão<sup>1530</sup>.

---

<sup>1527</sup> Cf. *Reforma tópica do processo penal*, *ob. cit.*, p. 449.

<sup>1528</sup> Cf. SCHÄDLER, Wolfram; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, p. 2711.

<sup>1529</sup> *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. Bari: Editori Laterza, 1990, p. 808-809.

<sup>1530</sup> Luigi Ferrajoli, neste sentido, considera que: “La seconda funzione oggi assunta dal carcere preventivo è quella direttamente inquisitoria. Sempre più comunemente la cattura è ordinata, e soprattutto mantenuta, per costringere l'imputato a confessare o a collaborare. Anche quest'uso del carcere come mezzo di intimidazione e di pressione sull'imputato è tipicamente poliziesco. I metodi «di polizia» nel senso peggiore – torchiare i sospetti e raccogliere soffiato e spiato – entrano attraverso di esso nel costume giudiziario. E il processo nuovamente s'abbassa a rapporto di forza tra l'imputato, indotto alla confessione o alla delazione dal timore del carcere e dalla speranza della libertà, e la pubblica accusa, che autoriflessivamente sperimenta in corpore vili, come nell'antica tortura, le sue ipotesi accusatorie. Si aggiunga la distorsione già accennata dei tempi e delle fasi del processo: il dibattimento risulta schiacciato e per così dire svuotato dalla simultanea espansione, sia penale che processuale, da un lato della fase delle indagini nella quale si pre-giudica il giudizio e si pre-punisce l'imputato; dall'altro dalla fase esecutiva nella quale fase delle quale si post-giudica il condannato e se ne ri-determina concretamente la pena. Una simile convergenza scoraggia tra l'altro la difesa, essendo spesso interesse dell'imputato patteggiare una pena ingiusta ma ridotta, rapida e ulteriormente negoziabile e riducibile in sede esecutiva sotto forma di benefici e

Evidentemente, a colaboração celebrada sob a imposição de uma prisão preventiva subtrai a voluntariedade do ato processual<sup>1531</sup>. Com isso, ter-se-á uma prova obtida por meios ilícitos, por isso mesmo imprestável, à luz do princípio do justo processo ou processo equitativo, que supõe um processo inclinado à descoberta da verdade, sem mitigar os direitos fundamentais do cidadão<sup>1532</sup>.

Destarte, trata-se de cláusula jurídica aberta, pois o CPP não estabelece as circunstâncias em que se evidencia a hipótese de risco à investigação ou instrução criminal. Isso permite ao juiz um amplo e ilimitado meio de interpretação e aplicação da norma, ainda que seja para restringir a liberdade.

Em tese, esse motivo tem por objetivo preservar o processo penal, mormente no que concerne à preservação das provas. Como visto no início, um dos escopos do processo penal consiste na descoberta da verdade. Por conta disso, não é conveniente à instrução criminal condutas perpetradas pelo imputado que perturbem ou violem as provas que são indispensáveis à conclusão do processo.

---

misure alternative, piuttosto che attendere un'eventuale assoluzione soggiacendo per anni al ben più pesante regime della detenzione preventiva” (*ob. cit.*, p. 810).

<sup>1531</sup> No HC 138.207 de 2017 (STF), há uma pista do emprego viciado do instituto da colaboração. É que o Ministério Público pediu a renovação da prisão preventiva com base no descumprimento do acordo de colaboração premiada, sob o pretexto de um “acoplamento estrutural entre os institutos da prisão preventiva e da colaboração premiada”. Porém, o STF não conheceu da tese, ressaltando a inexistência de relação da prisão preventiva com a colaboração premiada. De todo modo, tem-se á evidência que a prisão preventiva só deixou de existir depois da delação, dando conta da infudada decisão que decretou a custódia provisória. Como bem enfatizado na decisão monocrática, não se verifica relação necessária entre a celebração ou descumprimento do acordo de colaboração premiada e a prisão preventiva. Nesse sentido, a afirmação ministerial associada ao “acoplamento prisão estrutural entre os institutos da prisão preventiva e da colaboração premiada”, na minha ótica, com a devida vênia, não se afigura escoreita. Com efeito, os requisitos autorizadores da custódia processual encontram-se taxativamente descritos no art. 312 do CPP, descabendo elastecimento pela via interpretativa. Da mesma forma, as consequências de eventual descumprimento de acordo de colaboração estão previstas na Lei 12.850/2013, sendo que, entre elas, não se inclui a imposição de prisão preventiva. Cumpre salientar que, neste momento, o cabimento da prisão preventiva inicialmente decretada constitui fato superado, forte na revogação implementada pelo juízo singular. Aqui, cuida-se de avaliar a regularidade da imposição da prisão decretada no bojo da sentença condenatória. A esse respeito, calha registrar que, conforme esmiuçado na decisão concessiva de liminar, à exceção do descumprimento de acordo de colaboração premiada, a realidade processual ponderada na sentença era de integral conhecimento do juízo singular no momento da revogação da prisão processual. Sendo assim, e considerando que a colaboração premiada revela-se inapta a interferir no curso da prisão processual, não se verifica a indicação de fatos supervenientes que, a teor do art. 316, CPP, poderiam ensejar a nova imposição da custódia ante tempus. (HC 138.207, voto do rel. min. Edson Fachin, j. 25-4-2017, 2ª T, DJE de 28-6-2017).

<sup>1532</sup> Cfr. TORON, Alberto Zacharias; *O direito de defesa na Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 24. Vol. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Tourinho Filho conta que a instrução criminal corresponde a fase do procedimento em que se realiza o levantamento das provas para “reconstruir o fato ocorrido para poder melhor discernir e julgar”<sup>1533</sup>. Daí porque, na hipótese do réu criar obstáculos, ameaçar testemunhas, intimidar peritos, entre outras circunstâncias que ensejem a perturbação da produção probatória, sua prisão preventiva tornar-se-á necessária<sup>1534</sup>.

Contudo, como exige o CPP no que tange à prova da ocorrência do crime, neste ponto relativo à conveniência da instrução criminal, impõe-se a prova de comportamentos que caracterizem a pretensão perturbadora do procedimento<sup>1535</sup>. É inconsistente uma presunção em desfavor do imputado, notadamente por conta do princípio da presunção de inocência.

Com bem sentenciou Tourinho Filho, «*se o juiz decreta a prisão por presumir que o réu vai fugir, que o réu vai prejudicar a instrução, essa presunção entra em flagrante desvantagem em relação à presunção de inocência prevista no Pacto Fundamental. A primeira não pode superar a segunda. O desnível entre ambas é colossal. Mais: a presunção do Juiz anula a presunção de inocência, que tem sede constitucional*»<sup>1536</sup>.

Quanto a isso, o STF tem posição sólida. No HC n.º 93895 decidiu que somente dados concretos são capazes de legitimar a prisão preventiva à conveniência da instrução criminal<sup>1537</sup>. Portanto, não podem ser meras conjecturas concernentes à intenção de manipular a instrução criminal.

Porém, caso evidente a intenção de coagir testemunhas, há base para uma prisão preventiva. No HC n.º 84.148 decidiu o STF que «*é legal o decreto de prisão preventiva que, a título de conveniência da instrução criminal, se baseia em que um dos réus tenta subornar e coagir corréus, bem como intimidar testemunhas*»<sup>1538</sup>.

---

<sup>1533</sup> Idem, p. 558.

<sup>1534</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa; idem, p. 558.

<sup>1535</sup> Segundo Tourinho: “Assim, se o indiciado ou réu estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, se estiver subornando quaisquer pessoas que possam levar ao conhecimento do Juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, peitando peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando vítima ou testemunhas, é evidente que a medida será necessária, uma vez que, do contrário, o Juiz não poderá colher, com segurança, os elementos de convicção de que necessitará para o desate do litígio penal. É preciso, contudo, haja nos autos prova desse procedimento do réu. Aí, sim, o poder coercitivo do Estado se justifica para impedir que o réu prejudique a atividade jurisdicional, perturbando a obtenção da verdade” (idem, p. 558).

<sup>1536</sup> Idem, p. 553.

<sup>1537</sup> Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 24-06-2018.

<sup>1538</sup> J. 02-06-2009.

O art. 312, do CPP, igualmente permite a imposição da prisão preventiva para “assegurar a aplicação da lei penal”. É reiterada a ideia, segundo a qual essa hipótese diz respeito à fuga. Segundo Walter Nunes Jr., refere-se à finalidade menos controversa da prisão preventiva. Em bom termo, considera que «*não há de se negar que a principal finalidade com a decretação da prisão preventiva é, naturalmente, evitar a fuga do agente, até mesmo para assegurar o resultado útil do processo*»<sup>1539</sup>.

À exemplo da conveniência à instrução criminal, na hipótese da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, tem-se o mesmo problema, pois não há espaço para juízos hipotéticos. Em verdade, o magistrado deve decidir motivado por um dado concreto da realidade que evidencia o desejo do imputado de escapar da persecução criminal.

Esse risco de fuga, no dizer de Walter Nunes Jr., pode ser «*configurado quando há evidências de que a pessoa se prepara para deixar o seu domicílio, com a alienação dos seus bens ou a aquisição de passagens ou a mera revelação, a alguém, da intenção de desaparecer do distrito da culpa*»<sup>1540</sup>.

Portanto, de acordo com o STF, deve existir uma base empírica legítima para lastrear uma prisão preventiva fundada no interesse da justiça em impedir o risco de fuga do denunciado ou investigado<sup>1541</sup>. No HC n.º 127.754, por exemplo, decidiu que «*a jurisprudência desta Corte é firme no sentido da impossibilidade de decretação da prisão preventiva com base apenas em presunção de fuga*».

Guilherme Nucci, por exemplo, relaciona essa condição “à potencial fuga do agente, evitando qualquer eficiência punitiva estatal”<sup>1542</sup>. Mais uma vez, uma circunstancia

---

<sup>1539</sup> *Reforma tópica do processo penal, ob. cit.*, p. 441.

<sup>1540</sup> *Idem*, p. 441.

<sup>1541</sup> Conforme lecionou Walter Nunes Jr.: “De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo em conta que a privação cautelar da liberdade reveste-se de caráter excepcional, só sendo admissível quando presente situação de absoluta necessidade, para a decretação de medida cautelar sob o fundamento de que necessária para fins de aplicação da lei penal é imprescindível ‘...que se evidenciem com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu’. Não se mostra bastante, portanto, apenas conjecturas ou juízo de probabilidade, de modo que o mero temor de fuga, sem ser apontada situação concreta que justifique a real possibilidade de sua ocorrência, como é o caso em que a decisão é escorada na suposição de que o agente possui condições materiais ou facilidade de trânsito pelo território nacional ou internacional, não dá azo a que seja determinada a privação cautelar do direito de liberdade. Porém, o Supremo Tribunal Federal, dadas as características em si da atividade criminosa, considerou a existência de “(...) Risco evidente de que se frustrasse a aplicação da lei penal, decorrente de condições objetivas do caso concreto, notadamente a infiltração da suposta quadrilha em outros países (Uruguai e Estados Unidos)” (*Reforma tópica do processo penal, ob. cit.*, p. 441-442).

<sup>1542</sup> *Idem*, p. 96.

por demais imprecisa, carente de definição legal de sua extensão. Isso porque, aplicar a lei penal, não significa colocar o imputado, depois da persecução criminal, na prisão. Há diferentes consequências jurídicas do crime diversas da clausura penitenciária, mormente impulsionados pela CF de 1988, com as medidas alternativas à prisão (art. 5º, inc. XLVI).

Como dito, para a decretação de uma prisão preventiva, considerando o grau de comprometimento dos direitos em discussão, faz-se necessário um juízo de probabilidade, significa dizer um “predomínio das razões positivas”. Para Aury Lopes Jr., *«se a possibilidade basta para a imputação, não o deve ser para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado»*<sup>1543</sup>.

Destarte, uma vez provada a ocorrência do crime e presente indícios consistentes de autoria, os objetivos da prisão preventiva decretada contra um investigado ou processado deveriam ser restritos, no sentido de impedir a ocorrência dos seguintes riscos processuais: a) risco de fuga, b) risco de inquinação da prova; c) risco de reiteração delitiva.

---

<sup>1543</sup> Idem, p. 90.

*“La persona umana, adunque, non è lo strumento per i fini dello Stato, ma invece la destinataria dell’attività dello Stato. Non ha soltanto valore pratico; non è semplicemente una cooperatrice nei congegni dell’economia e dela politica. È invece il «bene» primario ed essenziale al cui servizio lo Stato agisce”*  
(Mario Valiante)

### **CAPÍTULO III – O ESTATUTO JURÍDICO DO PRESO PREVENTIVO NO BRASIL**

Uma das consequências do princípio da presunção de inocência consiste no tratamento diverso que deve ser dispensado ao custodiado não condenado, mormente àquele sujeito à medida cautelar concernente à prisão preventiva.

É possível imaginar que os presos preventivos (*pretrial detainees*) possuem mais direitos e privilégios que os condenados (*convicted prisoners*), na medida em que estão em diferentes condições. Entretanto, raramente tratam-os de maneira diferente. Em muitos casos, as condições das cadeias são piores onde estão custodiados os preventivos, ou seja, tais unidades são substancialmente piores que as penitenciárias<sup>1544</sup>.

Sobre a necessidade de um estatuto próprio ao preso preventivo, convém reproduzir as sábias palavras de Basileu Garcia: *«Enredado das malhas das investigações criminais, por indícios falazes, o cidadão, apontado injustamente como infrator da lei penal, é submetido aos efeitos deploráveis de um decreto judicial que o afasta do convívio da família, proscrevendo-o da sociedade como se fora um criminoso, prejudicando-o gravemente no teor normal da sua vida, em sua atividade, em seus negócios, em seu*

---

<sup>1544</sup> Cf. A jail house lawyer's manual, chapter 34, The Rights of Pretrial Detainees. *Columbia Human Rights Law Review* Ninth Edition 2011.

*patrimônio, material e moral fazendo-o em suma sofrer, sem que haja a plena certeza da sua culpabilidade. Quando, afinal, se patenteia a sua inocência, nada que possa reparar tão profundas lesões»*<sup>1545</sup>.

É preciso registrar, mais uma vez, que o preso preventivo espera a conclusão do seu processo, condição *sine qua non* em um Estado de Direito democrático, para ser considerado culpado. Por isso mesmo, não pode ser tratado como condenado, sem embargo da observância compulsória do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nada obstante, o regime jurídico brasileiro não diferencia preso preventivo de preso condenado, pois sujeita ambos ao mesmo regime de execução penal, o que corresponde à flagrante inconstitucionalidade, porquanto ignora o princípio da inocência presumida.

Basta mencionar, nesse sentido, que o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.210 de 1984, prevê que a Lei da Execução Penal se aplica ao preso provisório. Mas, como dito neste estudo, prisão preventiva não é pena antecipada.

Impõe-se, em respeito ao princípio da presunção de inocência e ao princípio da dignidade da pessoa humana, que o sistema jurídico possua um diploma específico que cuide tão-somente dos direitos e deveres do preso preventivo, ou seja, um “estatuto jurídico do preso preventivo”. Sem o qual, permanecerá o desrespeito à condição de inocente presumido de toda a pessoa sujeita à tal medida de coação.

O PLS n.º 156 de 2009, do Senado, que institui o novo código de processo penal, que segue em tramitação na Câmara dos Deputados (PL n.º 8.045 de 2010), prevê um tímido dispositivo, mas que revela a preocupação em deixar positivado um mínimo de direitos inerentes à condição de inocente presumido. O art. 546, do PLS n.º 156 de 2009<sup>1546</sup>, prevê o direito à assistência jurídica, o direito a cela separada dos presos

---

<sup>1545</sup> *Ob. cit.*, p. 143.

<sup>1546</sup> Art. 546. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de: I – permanecer em silêncio; II – saber a identificação dos responsáveis por sua prisão; III – receber um exemplar do mandado judicial, salvo em flagrante delito; IV – fazer contato telefônico com familiar ou outra pessoa indicada, tão logo seja apresentado à autoridade policial; V – ser assistido por um advogado de sua livre escolha ou defensor público; VI – ser recolhido em local separado dos presos com condenação definitiva. Parágrafo único. As informações relativas aos direitos previstos nos incisos I e V do caput deste artigo constarão, por escrito, de todos os atos de investigação e de instrução criminal que requeiram a participação do investigado ou acusado, sob pena de nulidade. Art. 547. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas. § 1º Quando, pelas circunstâncias de fato ou pelas condições pessoais do agente, se constatar o risco à integridade física do aprisionado, será ele recolhido em quartéis ou em outro local

condenados, entre outros. Contudo, muito aquém do que reclama a condição de inocente presumido.

Não se pode olvidar, que a liberdade de um inocente presumido está sendo sacrificada em prol de uma política criminal de segurança comunitária. Por isso mesmo, faz-se mister o máximo de garantias concretas em favor do preso preventivo, para ao menos equilibrar a tensão entre os seus direitos fundamentais e o interesse comunitário na realização da justiça<sup>1547</sup>.

## 1. O direito à audiência

O art. 7º, n.º 5, da Convenção ADH impõe que toda pessoa presa seja conduzida sem demora à presença de um magistrado para decidir sobre sua prisão<sup>1548</sup>, notadamente quando se tratar de detido ou preso diante de uma suspeita razoável do cometimento de uma infração de natureza criminal. Essa é a base jurídica do direito à audiência no direito brasileiro, pois a convenção integra o ordenamento nacional. Com isso, qualquer pessoa sujeita à prisão deve ser previamente e imediatamente conduzida à presença de um magistrado<sup>1549</sup>.

Esse direito, consoante decidiu a Corte ADH no caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, tem como objetivo impedir a prisão arbitrária, bem como oportunizar medidas cautelares mais consentâneas com a necessidade e com a presunção de

---

distinto do estabelecimento prisional. § 2º Observadas as mesmas condições, o preso não será transportado juntamente com outros.

<sup>1547</sup> Por isso, convém lembrar a advertência de Filangieri, mencionado por Hélio Tornaghi, ao consignar que: “Diz um Imperador, em determinada lei: ‘Nossa justiça, que não se conseguiria se mostrar suficientemente rigorosa contra o culpado e nossa benevolência que não poderia ser bastante grande para com o inocente, não permitem seja levado à prisão aquele que tem a desgraça de ser acusado, e não consentem que seus braços sejam onerados de vergonhosos ferros, destinados aos crimes e que a profundeza de um calabouço lhe roube a luz do dia; ao contrário, essas leis ordenam que os locais de segurança nem sejam construídos sobre a terra, nem fiquem ocultos na escuridão; querem elas que os infelizes ali detidos sejam ocultos na escuridão; querem elas que os infelizes ali detidos sejam acompanhados, ao cair da noite, ao vestibulo do cárcere, onde possam gozar do ar mais livre e mais sadio e que ao dealbar do dia eles tenham a doçura de ver o céu, de respirar a aragem fresca da manhã e de se acalantar aos primeiros raios do sol” (Apud TORNAGHI, Hélio. *Manual de Processo Penal. Prisão e Liberdade*, ob. cit., p. 259).

<sup>1548</sup> Art. 7º, n.º 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

<sup>1549</sup> MEDINA, Cecilia; *The American Convention on Human Rights*, p. 211.



inocência<sup>1550</sup>. Sem embargo, tenciona reduzir ao máximo o risco de violação aos direitos da pessoa, mormente sua integridade e presunção de inocência<sup>1551</sup>.

Busca-se, dessarte, conter violações aos direitos humanos, que na maioria das vezes ocorre no momento em que se realiza a prisão pela força policial, como decidiu a Corte IDH no caso *Villágran Morales y otros vs. Guatemala* de 1999<sup>1552</sup>.

Para Cecilia Medina, essa regra não significa uma imediata condução, devendo ser interpretada casualmente. De maneira geral, os Estados indicam em sua legislação interna o modo de observância do art. 7º, n.º 5, da Convenção<sup>1553</sup>. Em regra, prevê-se um período de 24 a 48 horas da detenção à audiência. Sucede que a Corte ADH, considera tolerável a demora em circunstâncias peculiares (caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*)<sup>1554</sup>.

Embora não prevista no CPP brasileiro, o direito à audiência passou a ser incorporado no direito nacional, como dito, por conta da regra prevista na Convenção ADH. Segundo André Nicolitt, “a exigência da audiência de custódia está acima das leis ordinárias, devendo a aplicação do CPP e sua interpretação ser conforme os tratados, não podendo ser incompatíveis com os mesmos”<sup>1555</sup>.

Todavia, o que verdadeiramente levou mesmo ao exercício desse direito, concerne à motivos de natureza político criminal.

No caso, por causa da superpopulação carcerária, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução n. 213 de 2015 e como resposta à decisão do STF proferida na ADPF n.º 347, decidiu realizar em todo o país uma audiência prévia à conversão da

---

<sup>1550</sup> Segundo a Corte IDH: “(...) el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia (...)” (*apud* Jesús María Casal, *Convencion Americana sobre Derechos Humanos, ob. cit.*, p. 196).

<sup>1551</sup> *Apud* MEDINA, Cecilia; *The American Convention on Human Rights*, idem, ibidem. Segundo Cecilia Medina, “The Court finds that Article 7(5) establishes ‘a real control mechanism in the face of unlawful and arbitrary detention’ and thus protects the presumption of innocence. In the case of Bayarri, this was not done; the judge receiving Bayarri’s statement did not examine the entirety of his statement and ‘did not order a medical appraisal to determine the causes of the alleged victim’s state of health, even though he showed signs of severe traumatism’. Furthermore, he ordered the transferal of Bayarri to a ‘penitentiary center without ordering pre-trial detention, as established in the Code of Criminal Procedure’ of Argentina. These facts constituted a violation of Article 7 (5)” (idem, p. 213).

<sup>1552</sup> Cf. *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario, ob. cit.*, p. 196.

<sup>1553</sup> Idem, p. 213.

<sup>1554</sup> Regista Cecilia Medina, por outro lado, que a Corte reconhece que muitos Estados descumprem essa regra, principalmente nos casos de desaparecimentos e execuções sumárias (idem, p. 212).

<sup>1555</sup> Ob. cit., p. 83.

prisão em flagrante em medida cautelar. Trata-se da “audiência de custódia”<sup>1556</sup>, com o propósito específico de impedir a decretação de prisões preventivas desrazoadas, na medida em que o magistrado teria mais condições de examinar, com a presença do imputado, se estariam presentes os requisitos materiais e processuais da prisão preventiva. Em síntese, o magistrado analisará a legalidade, a necessidade e adequação da prisão, com a restituição da liberdade ou imposição de medida cautelar.

No ano de 2015, o STF julgou uma medida cautelar requerida por meio da ADPF n.º 347. Essa decisão se revelou de suma importância, na medida em que o “Tribunal Constitucional brasileiro” enfrentou o grave problema do sistema penitenciário nacional, sob o ângulo da tese exportada da Corte Constitucional da Colômbia<sup>1557</sup>, concernente ao “estado de coisas inconstitucional”.

Em resumo, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) moveu essa ADPF n.º 347, invocando a tese do “estado de coisas inconstitucional”, contra a União, os Estados e o Distrito Federal, por conta da violação contundente aos direitos fundamentais dos presos no Brasil<sup>1558</sup>, evidenciado pelo quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país.

---

<sup>1556</sup> Cf. MACHADO MOURA, Rafael Osvaldo; SANTOS, Marcela Busnardo; Audiência de Custódia: ato processual juridicamente aceitável e útil? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 131. Ano 25. P. 367-399. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 2017.

<sup>1557</sup> Consoante destacou o Min. Relator Marco Aurélio em seu voto, “O requerente diz estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, de ‘estado de coisas inconstitucional’. Segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Corte Constitucional da Colômbia, *Sentencia* n° SU-559, de 6 de novembro de 1997; *Sentencia* T-068, de 5 de março de 1998; *Sentencia* SU – 250, de 26 de maio de 1998; *Sentencia* T-590, de 20 de outubro de 1998; *Sentencia* T – 525, de 23 de julho de 1999; *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998; *Sentencia* T – 025, de 22 de janeiro de 2004)” (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso: 29-06-2018).

<sup>1558</sup> Segundo o voto do Relator, com base na petição movida pelo PSOL, “O autor aponta violações sistemáticas de direitos fundamentais dos presos decorrentes do quadro revelado no sistema carcerário brasileiro. O Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, comparou as prisões brasileiras às “masmorras medievais”. A analogia não poderia ser melhor. Dados da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009), do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos, cuja representação ao autor deu origem a este processo, confirmam o cenário descrito pelo requerente. Segundo as investigações realizadas, a população carcerária, maioria de pobres e negros, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Sem levar em conta o número de presos em domicílio, o déficit é de 206.307, subindo para 354.244, se computado. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. Tendo presentes

Por conseguinte, decidiu o Tribunal, entre outras medidas, que “aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão”.

Em atenção à decisão prolatada na ADPF n.º 347, mas sobretudo por razões de política criminal, por conta do crescimento exponencial das prisões preventivas no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução n.º 213 de 15 de Dezembro de 2015, que “dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas”.

Então, o direito à audiência, malgrado previsto desde 1950 no art. 7º, n.º 5, da Convenção ADH, só passou a ser cogente no Brasil, com a crise decorrente da superlotação carcerária, ou seja, por razões de política criminal, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 347, que determinou sua realização em todo o país. De observar, que na maioria das vezes a realidade que cerca a ciência jurídica determina os novos rumos da política criminal para uma determinada sociedade.

## **2. O direito à informação**

Por pressuposto, o preso preventivamente tem o direito de saber quais as razões que motivaram sua prisão. O art. 7º, n.º 4, da Convenção IDH declara expressamente que “toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela”<sup>1559</sup>.

---

apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em quarto lugar, após a Rússia” (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso: 29-06-2018).

<sup>1559</sup> Cf. ANTOKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *The American Convention on Human Rights*, p. 162.

Deveras, o Estado deve explicações em relação as suas ações, sobre tudo quando se trata de intervenção sobre direitos individuais, inclusive para ensejar, de um lado, a verificação normativa dos motivos, do outro uma possível reação jurídica<sup>1560</sup>.

No caso *Gangaram Pandy vs. Suriname*, a Corte IDH decidiu que a prisão que deixa de noticiar ao detido as razões dela seria ilegal e possivelmente arbitrária sua decretação<sup>1561</sup>. Para tanto, decidiu a Corte no caso *Haitians vs. Dominican Republic* que o direito a conhecer das razões da prisão implicava: (a) notificação por escrito ou comunicação verbal sobre os motivos da detenção; (b) notificação por escrito da acusação<sup>1562</sup>.

Esse direito à informação, por conseguinte, supõe a exposição de maneira clara<sup>1563</sup>, imediata e precisa sobre os motivos que levaram a pessoa a ser presa preventivamente, previsto de igual modo no art. 9º, n.º 2, do Pacto IDCP, com a mesma redação do Pacto de San José da Costa Rica.

É preciso que os motivos estejam contidos na ordem de prisão, primeiro para examinar a licitude dela, para depois viabilizar o exercício do direito ao recurso, sem embargo do art. 5º, inc. LXIV, da CF incluir o direito à identificação dos responsáveis pela execução da prisão.

Então, o direito à informação inclui o dever de comunicar ao imputado quais são os seus direitos<sup>1564</sup>, especialmente o direito de permanecer em silêncio, dado o princípio da não auto-incriminação. De igual sorte, soma-se o direito de se comunicar com uma terceira

---

<sup>1560</sup> Segundo Cecilia Medina, “This is simply a reasonable explanation of why the action is taking place that must go further than just indicating, for example, the legal provision authorizing the arrest. Rather it must contain a summary description of the facts invoked as grounds for the arrest. Of course, the grounds for the arrest must be previously established by law and be compatible with the Convention” (*idem*, p. 209).

<sup>1561</sup> *Apud* MEDINA, Cecilia; *idem, ibidem*.

<sup>1562</sup> ANTOKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *The American Convention on Human Rights*, p. 162.

<sup>1563</sup> Nesse sentido Jesús Maria Casal, quando comenta o caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador da Corte IDH, “sobre la importancia de que el afectado tenga claro que está siendo detenido es relevante, ya que la policía puede acudir, a veces con sustento en la legislación interna, a requerimientos de traslado a comisaría u otros análogos que, sin representar una detención clásica ni estar acompañados de una coacción actual, equivalgan a una privación de libertad, lo cual activa las garantías del artículo 7” (*Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, ob. cit., p. 194).

<sup>1564</sup> A propósito, de acordo com a Corte IDH, tais informações devem ser prestadas antes que preste declarações perante uma autoridade (cf. CASAL, Jesús María; *idem*, p. 195).

pessoa, consoante dispõe o art. 5º, inc. LXII, da CF. É o que, a propósito, decidiu a Corte IDH no caso *Tibi vs. Ecuador*<sup>1565</sup>.

No HC n.º 78.708, o STF reconhece o direito à informação. Segundo a Corte: “Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas”<sup>1566</sup>.

Esse direito cumpre um papel essencial na proteção da liberdade pessoal, na medida em que garante ao imputado o direito de conhecer os motivos de sua detenção e subsidiar sua defesa efetiva, com isso poder sindicar uma suposta prisão arbitrária<sup>1567</sup>. Lembra Antkowiak, *this will enhance, from the very beginning, the ability of accused individuals to defend themselves*<sup>1568</sup>.

No caso *Cabrera Carcía y Montiel Flores vs. México* de 2010, a Corte IDH decidiu que o direito à informação constitui um mecanismo pronto a evitar detenções ilegais ou arbitrárias desde o exato momento da privação da liberdade, por conseguinte, garantir o direito de defesa do indivíduo preso<sup>1569</sup>.

### 3. O direito à assistência

#### (a) jurídica

---

<sup>1565</sup> ANTOKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *idem, ibidem*.

<sup>1566</sup> J. 09-03-1999.

<sup>1567</sup> Cf. CASAL, Jesus María; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Comentario. Chistian Steiner/Patricia Uribe (Editores). Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá: Editorial Temis, 2014, p. 193.

<sup>1568</sup> *The American Convention on Human Rights*, p. 163.

<sup>1569</sup> Nesse sentido, Thomas Antkowiak coloca o seguinte: “Another, distinct element of Article 7 (4) is the right to be promptly notified of the charges. For some, it may be acceptable that this notification occurs at a stage subsequent to the initial arrest, owing to the charges’ technical and legal nature. However, if a judge has ordered the arrest – as should be the situation in most cases – it is reasonable to provide information on the legal charges. This will enhance, from the very beginning, the ability of accused individuals to defend themselves. Similarly, the Convention’s Article 8 (2) (b) guarantees ‘prior notification in detail to the accused of the charges against him’. As explained in the subsequent chapter on Article 8 and due process, the Court has held that States must notify individuals in writing of the actions or omissions attributed to them, the reasons and evidence that led to the charge, and the crime’s legal definition. If the accused is not notified in a timely fashion, such as before giving his or her first statement to the authorities, both Article 7 (4) and Article 8 (2) (b) can be violated” (*idem*, p. 163-164).

Essa garantia está prevista no art. 5º, inc. LXIII, da CF, segundo a qual “o preso será informado dos seus direitos, entre os quais de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

O direito a um advogado representa uma garantia básica de todo investigado ou processado<sup>1570</sup>. O Estado, no caso do Brasil por meio da Defensoria Pública, consoante prevê o art. 134 da CF, deve garantir um defensor a qualquer imputado, independente da sua capacidade econômica<sup>1571</sup>.

Está previsto igualmente no art. 8º, n. 2, alínea “e”, da CADH, para o qual toda pessoa tem o “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”.

Registe-se, no entanto, que essa regra não garante um defensor subsidiado pelo Estado. Ficará a cargo de cada Estado-membro da OEA definir um modelo. Então, significa dizer que o réu pode ser compelido a contratar um advogado sob suas expensas para realizar sua defesa, circunstância essa que evidentemente depõe contra um efetivo direito à assistência<sup>1572</sup>.

No entanto, no caso *Argüelles vs. Argentina*, a Corte IDH reconheceu a violação do art. 8º, n.º 2, (d) e (e), da Convenção ADH, caso o Estado processe criminalmente alguém sem garantir-lhe um Advogado ou, de algum modo, nega-lhe o acesso. Sem embargo, ela deve ser efetiva, sob pena de inexistir defesa, conforme decidiu no caso

---

<sup>1570</sup> Essa assistência, outrossim, não pode tardar e deve ser prestada desde o início da detenção, consoante orientação da Comissão de Direitos Humanos da OEA: “O direito à assistência de advogado significa que o arguido deve estar autorizado a obter o concurso de um advogado a partir do momento da detenção. Num caso, a Comissão Interamericana apreciou uma lei que impedia o detido de obter assistência durante o período de detenção administrativa e de inquérito. A Comissão observou que durante esse período inicial podiam ser apresentadas provas decisivas, considerando que a falta de assistência jurídica nesta fase inicial do processo comprometia seriamente o direito de defesa. O acesso do arguido a um advogado previne possíveis violações de outros direitos humanos fundamentais. Deve ainda permitir-se que o advogado se encontre presente quando o arguido é interrogado e efectua ou assina uma declaração” (*Manual sobre Prisão Preventiva da ONU*, idem, p. 33).

<sup>1571</sup> Cf. ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *The American Convention on Human Rights*, p. 202.

<sup>1572</sup> Segundo Antkowiak, “during the Conference of San José it was indicated that the Latin American tradition was to obligate defendants to be represented by an attorney, at least when they did not defend themselves. At the same time, certain delegates were worried by the economic burden of granting free legal service. Owing to these circumstances and Article 8’s final text, there existed the unfortunate possibility in the region that indigent defendants could be compelled to hire attorneys that are not funded by the State” (*The American Convention on Human Rights*, p. 202).

*Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Ecuador*. Para a Corte, “the legal assistance provided by the State must be effective and, to this end, the State must adopt appropriate measures”<sup>1573</sup>. Portanto, não basta um advogado oficioso, há que realizar uma defesa efetiva, sob pena da indicação de outro defensor. Isso porque, nomear um advogado por mera formalidade, não condiz com o esperado processo equitativo.

É a mesma regra contida no art. 14, n. 3, alínea “d”, do Pacto IDCP, que reconhece o direito à assistência de um advogado. Segundo o Manual da ONU sobre prisão preventiva “o direito à assistência de um advogado está relacionado com o direito a um processo equitativo de que goza toda a pessoa acusada da prática de um crime”<sup>1574</sup>.

#### *(b) médica e social*

O art. 14, da Lei n.º 7.210 de 1984, garante ao preso a assistência à saúde, o que inclui a médica, farmacêutica e odontológica. Caso a unidade hospitalar não possua condições de atender um preso preventivo com doença grave, deve-se conceder ao preso preventivo a prisão domiciliar<sup>1575</sup>.

Porém, convém não confundir essa possibilidade com aquela do art. 318, inc. II, do CPP. Nessa hipótese, quando o preso preventivo estiver “extremamente debilitado por motivo de doença grave”, a prisão preventiva deve ser substituída por uma prisão domiciliar.

Em resumo, quando o preso preventivo com doença grave precisar de uma assistência médica e a unidade na qual está custodiado não possuir estrutura para prestar esse serviço, cabe-lhe prisão domiciliar.

#### **4. O direito à comunicação**

De maneira geral, garante-se ao preso preventivo o direito à comunicação com o mundo externo (art. 41, inc. XV, Lei n.º 7.210 de 1984). Não há dúvidas sobre a comunicação escrita, porém inexistente previsão em relação à comunicação telefônica. É

---

<sup>1573</sup> Cf. ANTKOWIAK, Thomas A.; GONZA, Alejandra; *idem*, p. 203.

<sup>1574</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>1575</sup> Cf. HC 489274 STF, J. 21.03.2019; RHC 103511 STJ, J. 13.12.2018; HC 465876 STJ, J. 13.12.2018.

interessante que o preso em regime disciplinar diferenciado possa entrar em contato com familiares (art. 52, §7, da LEP), mas o preso preventivo não. Ao nossa ver, não há, objetivamente, nenhuma objeção de natureza constitucional que impeça ao preso provisório o direito à uma ligação telefônica em casos urgentes.

Face a doença grave ou à iminência da morte de uma familiar, convém autorizar um telefonema. O art. 21, da BayUVollzG, por exemplo, prevê esse direito, sob a gerência, evidentemente, do diretor ou diretora da unidade, na qual o preso preventivo está custodiado<sup>1576</sup>.

## 5. O direito ao alojamento

O direito à moradia é um direito social básico. Espera-se que o Estado, sobretudo quando mantém pessoas sob sua custódia, como os presos preventivos, garanta o mínimo de moradia condigna àquele que cumpre um medida cautelar.

A Lei n.º 7.210 de 1984 não prevê o alojamento como um direito. Na visão da lei é uma condição para o cumprimento da medida. Ou seja, que o preso preventivo ocupe uma cela ou alojamento, preferentemente, separado dos condenados (art. 84). Ela não assegura ao preso preventivo uma cela ou alojamento individual.

Por conta exatamente do princípio da presunção inocência, os presos preventivos não podem permanecer custodiados na mesma unidade prisional destinada àqueles que cumprem pena, bem como teriam o direito a um apartamento ou unidade individual para cumprirem a medida cautelar.

---

<sup>1576</sup> Art. 21 Telekommunikation

(1) 1 Die Untersuchungsgefangenen dürfen mit Erlaubnis des Anstaltsleiters oder der Anstaltsleiterin in dringenden Fällen Telefongespräche führen, soweit die Sicherheit und Ordnung sowie die räumlichen, personellen und organisatorischen Verhältnisse der Anstalt dem nicht entgegenstehen. 2 Ein Telefongespräch möglichst zeitnah nach der Aufnahme in die Anstalt soll zugelassen werden.

(2) 1 Art. 16 Abs. 2, Art. 17 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 sowie Art. 18 Abs. 2 gelten entsprechend. 2 Bei einer Überwachung von Telefongesprächen gelten Art. 35 Abs. 1 Sätze 3 und 4 BayStVollzG entsprechend.

(3) Ein Anspruch auf die Nutzung anderer Formen der Telekommunikation besteht nicht.

(4) Art. 35 Abs. 3 BayStVollzG gilt entsprechend.



Por exemplo, o art. 11, da *BayUVollzG*, prevê que durante o repouso noturno o preso preventivo tem o direito a um cela individual, *verbis*: «*Während der Ruhezeit werden die Untersuchungsgefangenen allein in ihren Hafträumen untergebracht*»<sup>1577</sup>.

Como medida de coação, portanto, de natureza processual, não pode parecer uma pena, sob pena de sua irregular antecipação. O regime jurídico deve ser completamente distinto daquele direcionado ao cumprimento de uma sanção penal. Os espaços de prisão preventiva, em síntese, não podem lembrar um presídio, mas uma unidade onde pessoas investigadas ou processadas presumidas inocentes estão sob a imposição de uma medida de coação, no caso uma prisão preventiva. Em síntese, deve-se garantir o direito à habitação (*Unterbringung*) ou prisão diferenciada.

O direito à prisão diferenciada, ou seja, à prisão específica, significa que o tratamento do preso preventivamente deve ser compatível com a sua condição de inocente presumido. Por exemplo, ter o direito de organizar sua habitação com bens e objetos pessoais de uso autorizado pela Administração, semelhantemente às prisões especiais no Brasil, cuja celas admitem televisões e esteiras.

Está previsto, de maneira clara, no Pacto IDCP. De início, registra que “toda a pessoa privada de liberdade será tratada humanamente e com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Trata-se de uma cláusula geral de tratamento dispensado a toda e qualquer pessoa que esteja privada de sua liberdade. Mas, especificamente em relação ao preso preventivamente, declara o art. 10, n. 1, alínea b), que “os arguidos ficam separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais e serão submetidos a um tratamento diferente, adequado a sua condição de pessoas não condenadas”.

---

<sup>1577</sup> Art. 11 *Unterbringung*

(1) *Während der Ruhezeit werden die Untersuchungsgefangenen allein in ihren Hafträumen untergebracht.*  
2 *Mit ihrer Zustimmung können sie mit anderen Untersuchungsgefangenen gemeinsam untergebracht werden.*  
3 *Auch ohne ihre Zustimmung ist eine vorübergehende gemeinsame Unterbringung zulässig, 1. bei Gefahr für Leben oder Gesundheit oder bei Hilfsbedürftigkeit von Untersuchungsgefangenen oder 2. wenn und solange die räumlichen Verhältnisse der Anstalt dies zwingend erfordern.* 4 Art. 5 Abs. 1 bleibt unberührt.  
(2) *Den Untersuchungsgefangenen kann Gelegenheit gegeben werden, sich außerhalb der Ruhezeiten in Gemeinschaft mit anderen Gefangenen, auch anderer Haftarten, aufzuhalten, soweit es die räumlichen, personellen und organisatorischen Verhältnisse der Anstalt gestatten.* (3) *Soweit es die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt erfordert, kann 1. die gemeinschaftliche Unterbringung während der Ruhezeit eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, 2. der gemeinschaftliche Aufenthalt außerhalb der Ruhezeit eingeschränkt oder ausgeschlossen werden sowie*  
3. *die Trennung von einzelnen anderen Gefangenen angeordnet werden.*  
(4) Art. 20 Abs. 3 *BayStVollzG* gilt entsprechend.

Significa dizer que os sujeitos à prisão preventiva devem permanecer em unidades próprias e compatíveis com a condição de inocentes presumidos. Portanto, essa separação dos detidos segundo a sua condição, para além de um direito do imputado preso preventivamente, consiste em uma regra estruturadora do sistema de execução da medida cautelar.

Segundo o Manual de Normas Internacionais sobre Prisão Preventiva da ONU, “a presunção de inocência exige que as pessoas acusadas sejam submetidas a um tratamento em conformidade com a sua condição de pessoas não condenadas. Um aspecto desse tratamento consiste em que sendo elas detidas em lugar de aguardarem o julgamento em liberdade, haverá que as separar das pessoas condenadas e submetê-la a um regime especial”<sup>1578</sup>.

Aliás, convém não confundir prisão específica com prisão especial. Essa prevista no art. 295, do CPP brasileiro, aquela sem previsão no Brasil. Porém, a prisão especial destinada a determinadas autoridades como ministros, parlamentares, entre outros, partem da mesma premissa, pessoas sujeitas à prisão antes da condenação, por conta de uma condição pessoal especial que, diga-se de passagem, não tem base constitucional.

Por outro lado, o art. 300 do CPP brasileiro dispõe que “as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenados, nos termos da lei de execução penal”. É verdade que nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 7.210 de 1984 (LEP), essa norma se aplica igualmente ao preso preventivamente. O grave é que o art. 52, da LEP sujeita o preso preventivamente ao regime diferenciado, regra essa inconstitucional, porquanto contraria ao princípio da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

O art. 84, da Lei de Execução Penal (LEP), por sua vez, dispõe que “o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado”. Esse dispositivo está escrito no Título IV da LEP, que cuida dos “Estabelecimentos Penais”. Isso implica dizer, malgrado incompatível com a inocência constitucionalmente presumida, que o sistema jurídico brasileiro trata o preso provisório como apenado, pois o sujeita a todas as regras dispensadas a quem cumpre pena.

---

<sup>1578</sup> Idem, p. 29.

Frise-se que o STF decidiu no HC n.º 132.830 como legítima a transferência de um preso provisório para “local” diverso daquele onde estão presos condenados, por conta do art. 84, da LEP<sup>1579</sup>.

Porém, há que destacar que o correto seria uma “unidade diversa”, para impedir qualquer proximidade, ou seja, uma prisão específica e individual como sucede na Alemanha<sup>1580</sup>, entre outros países. Por exemplo, o art. 11, da *BayUVollzG*, prevê uma sala de detenção individual para o preso preventivamente.

Por sua vez, o art. 14, da *BayUVollzG* permite equipar as salas de detenção com bens pessoais, o uso de roupas e materiais de higiene pessoais, bem como o acesso à alimentação particular, sob as expensas do preso preventivamente<sup>1581</sup>.

---

<sup>1579</sup> Art. 84 da LEP. (...) Impossibilidade de o preso provisório ser encarcerado preventivamente em local destinado a presos definitivos. Decisão do Juízo a quo, que determinara a necessária transferência do paciente, encontra-se legitimamente justificada, nos termos do art. 86, § 3º, da Lei 7.210/1984 e, por conseguinte, tem o condão de elidir a aplicação do disposto no art. 84 da mesma lei. (...) No caso concreto, está sendo assegurado ao paciente o tratamento diferenciado exigido pela lei aos presos provisórios, porquanto, embora preso em presídio destinado a presos definitivos, o estabelecimento prisional possui ala específica para presos provisórios, os quais ficam isolados dos condenados e recebem tratamento diferenciado. (HC 132.830, j. 7-10-2016).

<sup>1580</sup> Cf. SARAH, Siepmann; *Das Bayerische Untersuchungshaftvollzugsgesetz*, p. 365-366; cf. EISENBERG, Ulrich; *Schutzpflichten bei Untersuchungshaft statt Einstweiliger Unterbringung. Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Stephan Barton, Thomas Fischer, Matthias Jahn und Tido Park. München: C. H. Beck, 2018, p. 213-223.

<sup>1581</sup> Art. 14 *Lebenshaltung*

- (1) *Die Untersuchungsgefangenen dürfen eigene Kleidung und Wäsche tragen sowie eigenes Bettzeug benutzen, soweit sie auf eigene Kosten für Reinigung, Instandsetzung und regelmäßigen Wechsel sorgen. 2Hierzu dürfen für die Untersuchungsgefangenen Kleidung, Wäsche und Bettzeug in der Anstalt abgegeben und dort abgeholt werden. 3Der Anstaltsleiter oder die Anstaltsleiterin kann anordnen, dass Reinigung und Instandsetzung nur durch Vermittlung der Anstalt erfolgen dürfen.*
- (2) *Die Untersuchungsgefangenen dürfen ihren Haftraum in angemessenem Umfang mit eigenen Sachen ausstatten, die ihnen mit Zustimmung oder auf Vermittlung der Anstalt überlassen worden sind.*
- (3) *1Sie dürfen durch Vermittlung der Anstalt regelmäßig Nahrungs- und Genussmittel sowie andere Gegenstände des persönlichen Bedarfs in angemessenem Umfang kaufen. 2Die Anstalt soll für ein Einkaufsangebot sorgen, das auf Wünsche und Bedürfnisse der Untersuchungsgefangenen Rücksicht nimmt.*
- (4) *1Die Untersuchungsgefangenen dürfen sich in angemessener Weise auf eigene Kosten durch Vermittlung der Anstalt selbst verpflegen. 2Die Verpflegung darf nur von Speise- oder Gastwirtschaften bezogen werden, die der Anstaltsleiter oder die Anstaltsleiterin bestimmt.*
- (5) *Soweit es die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt erfordert, können*
  1. *die Rechte aus Abs. 1 ausgeschlossen oder eingeschränkt und*
  2. *die in Abs. 2, 3 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 genannten Rechte eingeschränkt werden.*
- (6) *Art. 24 Abs. 2 Sätze 2 und 3 BayStVollzG gelten entsprechend.*

## 6. O direito de defesa

É inerente ao processo penal o direito de defesa. Para quem está sujeito a uma prisão preventiva mais ainda, dado o princípio da presunção de inocência. Com isso, o imputado, investigado ou processado, tem o direito de se defender das suspeitas ou acusações contra si deduzidas que motivaram a medida cautelar, para isso deve dispor de todos os meios disponíveis a realizá-la.

Lembra-nos João Carlos Loureiro que o *due process*, que supõe um conjunto de garantias que cercam um processo, entre os quais o direito de defesa, refere-se à longínqua Magna Carta de 1215, com suas posteriores modificações, passando a ser mencionado como um símbolo de processo equitativo<sup>1582</sup>.

Está escrito no art. 8, n.º 2, c), da CADH, que toda pessoa acusada, nisso se inclui o investigado, tenha direito ao tempo e aos meios adequados para se defender<sup>1583</sup>. Por sua vez, o art. 14, n.º 3, d), do Pacto IDCP assegura não só o direito de defesa, mas permite a defesa pessoal, bem como a assistência por um defensor e caso não tenha, um defensor oficioso será destinado para preparar sua defesa.

Deveras, o direito de defesa deve ser garantido desde o início de qualquer procedimento criminal, por isso mesmo pode ser invocado quando da decretação da prisão preventiva.

No caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, a Corte IDH reconheceu que por conta do direito de defesa o Estado deve considerar o indivíduo como um sujeito do processo. Por isso mesmo, subsiste o direito de intervir no procedimento a todo instante<sup>1584</sup>.

Em Portugal, há uma maior delimitação desse *status*, na medida em que se obriga a constituição prévia como arguido para impor qualquer medida de coação (art. 58º, n.º 1, b), do CPP português), com um conjunto de direitos e deveres contidos no art. 61º. Por exemplo, possui o direito de “intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias” (art. 61º, n.º 1, g), CPP).

---

<sup>1582</sup> Cf. LOUREIRO, João Carlos; Magna(s) carta(s), constitucionalismo(s) e justiça(s): entre história(s) e prospectiva(s). Nos 800 anos da Magna Charta Libertatum. *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2016, p. 178.

<sup>1583</sup> Cf. ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *The American Convention on Human Rights*, p. 199.

<sup>1584</sup> *Apud* IBÁÑEZ, Juana María; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, p. 231

No Brasil, não há essa delimitação, muito embora a Súmula 14 do STF garanta ao investigado o acesso aos elementos de provas já documentados<sup>1585</sup>. Porém, há casos em que a pessoa sujeita-se a medidas cautelares, sem saber se é um mero suspeito ou de fato um investigado.

De modo geral, o art. 14, do Pacto IDCP, revela o direito a um processo equitativo<sup>1586</sup> que abrange o direito de defesa, mas também uma duração razoável, o poder de questionar as provas, entre outras que dão conta do princípio do *due process*.

É evidente que o direito de defesa supõe o direito a um advogado<sup>1587</sup>, desde o primeiro momento da detenção, na extensão do art. 8º, n.º 2, d), da CADH. Portanto, no curso da própria audiência de supervisão da prisão preventiva, impõe-se a presença de um advogado, caso não compareça, compete a Defensoria Pública, no caso brasileiro, desempenhar essa defesa<sup>1588</sup>.

O direito de defesa também está consagrado no art. 5º, inc. LV, da Constituição brasileira, quando garante aos acusados em geral o “contraditório e a ampla defesa”. É uma cláusula pétrea, por isso mesmo cogente para todas as fases da persecução.

## 7. O direito à privacidade

Como atributo inerente da pessoa, a imagem do preso preventivamente também deve ser preservada. Essa preservação decorre, mormente da presunção de inocência e da proteção à dignidade essencial da pessoa humana.

O art. 11º, da CADH protege a honra e a dignidade da pessoa, motivo pelo qual, enquanto não subsistir uma sentença condenatória definitiva, o imputado tem o direito à preservação da sua imagem. Ou seja, de não ser vislumbrado, por exemplo, na mídia como

---

<sup>1585</sup> Súmula vinculante n.º 14 do STF. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

<sup>1586</sup> Segundo o Manual da ONU para a prisão preventiva, relativamente ao processo equitativo, comenta que “algumas das garantias enunciadas no Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos têm incidência no tratamento das pessoas em regime de prisão preventiva” (*idem*, p. 56).

<sup>1587</sup>

<sup>1588</sup> Cf. MEDINA, Cecília; *The American Convention on Human Rights*, p. 312.

um criminoso<sup>1589</sup>. De facto, uma difusão da imagem do imputado como culpado pela media pode causar danos irreparáveis para a presunção de inocência<sup>1590</sup>.

Em que pese o interesse público à informação, não se deve atribuir qualquer grau de culpa ao investigado durante o processo. Isso, por oportuno, busca impedir qualquer tipo de influência comunitária às decisões judiciais. Para Stefan Trechsel, «*Authorities may inform the public in the course of proceedings but must make it clear tha suspect is not considered guilty*»<sup>1591</sup>.

Sem embargo, o art. 5º, inc. XLIX, da CF, reconhece o respeito à integridade física e moral do preso.

Com isso, tem-se a proteção jurídica da imagem do imputado. Pois o art. 5º, inc. V, da CF, a imagem da pessoa é inviolável. E nesse ponto, o art. 40 da Lei de Execução Penal protege a integridade moral do preso preventivo, e sobretudo, o art. 41 da LEP, rege a “proteção contra qualquer sensacionalismo”.

Há, por conta da mídia, maior exposição das pessoas. Por isso, o direito à preservação da imagem do preso preventivo tem como sentido impedir o espetáculo público. Scarance Fernandes, adverte que prisão preventiva serve de maneira anômala para entreter o público, sobretudo se o imputado possuir uma projeção nacional, de modo que a compara aos circos romanos da época<sup>1592</sup>.

Segundo Scarance Fernandes, «*não há maior preocupação com a condenação e a efetiva aplicação da lei penal, o importante é a prisão processual, usada como forma de antecipação de pena e como espetáculo público, dando ao povo a ilusão de que a justiça atua de maneira eficaz. Isso explica o excesso de prisões preventivas e a exagerada exposição das pessoas presas*»<sup>1593</sup>.

---

<sup>1589</sup> Aliás, depois da Lei n.º 13.869 de 2019, constitui abuso de autoridade, noticiar um suspeito ou investigado como culpado pela prática do crimes antes de concluída as investigações ou formalizada a denúncia (Art. 38. Antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”).

<sup>1590</sup> Cf. TRECHSEL, Stefan; *Criminal Proceedings*, p. 177.

<sup>1591</sup> *Idem*, p. 178.

<sup>1592</sup> Cf. *Funções e limites da prisão processual*; ob. cit., p. 244. Escreve Scarance Fernandes, “também muito grave, hoje em dia, é o uso da prisão como espetáculo público, evocando as exibições públicas dos cristãos nos cirros romanos. Sempre que alguém é preso, principalmente, se tiver alguma projeção no país, é exposto pela mídia para satisfação e alegria do povo” (*idem, ibidem*).

<sup>1593</sup> *Idem*, p. 244.

Esse show público decorrente da prisão preventiva explorada pela mídia ganhou um capítulo a parte com a publicação da Súmula vinculante n.º 11, do STF<sup>1594</sup>, que passou a proibir o uso de algemas na condução de suspeitos sem resistência, risco de fuga ou a integridade dos condutores. Ficou evidenciado que o emprego dela servia muito mais para mitigar a imagem do imputado, do que efetivamente uma medida de segurança pública.

## 8. O direito ao recurso

Caso presa, a pessoa tem o direito de recorrer da decisão que a determinou. É o que prevê o art. 7º, n.º 6, da CADH, segundo a qual “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 da sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais”. Aqui está o direito ao recurso específico contra uma indevida prisão cautelar, posto que o direito de recorrer da sentença está contido no art. 8º, n. 2, alínea h), da CADH.

Nesse sentido, o art. 5º, inc. LV, da CF de 1988, prevê que aos acusados em geral, nisso se inclui obviamente o preso preventivo, está assegurado o direito ao recurso, ou seja, o direito de sindicarem a licitude da prisão cautelar.

É evidente que esse direito deve ser exercido contra o juiz que determinou a prisão cautelar. Por isso, caberia a uma instância superior, nomeadamente um órgão colegiado, para que possa, independente e imparcialmente, rever ou manter a prisão preventiva contra o imputado.

O direito ao recurso não se confunde com a revisão ou reexame periódico dos fundamentos da prisão preventiva. Com a Lei n.º 13.964 de 2019, essa revisão periódica tem lugar agora a cada 90 (noventa) dias, nos termos do art. 316, parágrafo único, do CPP<sup>1595</sup>.

---

<sup>1594</sup> Súmula n.º 11, STF. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

<sup>1595</sup> Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-

## 9. O direito à indenização

Lembra-nos Romeu Barros que a ordenança de Frederico na Prússia, desde os anos de 1766, previa na Alemanha a indenização por danos decorrente de uma prisão injusta<sup>1596</sup>.

Na Itália, desde o fim do século XIX, discutia-se a reparação por conta do erro judiciário, tanto em sede de revisão criminal, quanto em sede de prisão preventiva. Em 1888, Pavei propôs na Câmara dos Deputados um projeto que previa uma indenização proporcional ao tempo da custódia provisória, caso o imputado conseguisse sua absolvição. Em 1903, Luchini ofereceu uma proposta semelhante a de Pavei<sup>1597</sup>. Garofalo inclusive concordara com a necessidade dessa indenização<sup>1598</sup>. Entretanto, o CPP italiano de 1930 não estabeleceu reparação à prisão preventiva injusta<sup>1599</sup>.

Em França, Dupin, Hélie, Dalloz, Bonneville, entre outros, sustentaram que o acusado preso, mas depois absolvido, tornava-se credor de uma indenização<sup>1600</sup>.

Sem embargo, Francisco Fernandes observou que as legislações da época, especialmente as oriundas dos cantões suíços, reconheciam essa indenização à vista de uma condenação injusta<sup>1601</sup>.

---

la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. 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.

<sup>1596</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos; *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 505.

<sup>1597</sup> *Apud* BARROS, Romeu Pires de Campos; *ob. cit.*, p. 503.

<sup>1598</sup> *Apud* Francisco Fernandes, *ob. cit.*, p. 135.

<sup>1599</sup> *Apud* BARROS, Romeu Pires de Campos; *ob. cit.*, p. 503. Segundo Campos de Barros: “Na Itália desde o fim do século passado e no início deste a questão da reparação dos danos decorrentes do erro judiciário, não só nos casos de revisão criminal como no de prisão preventiva, foi objeto de propostas, discussões legislativas e até mesmo projetos de lei processual. Nesse sentido na Câmara dos Deputados da Itália, discutiu-se em 1888, a proposta Pavesi dispondo sobre uma indenização proporcional ao tempo de prisão preventiva a favor de quem obtivesse a absolvição por sentença que excluísse o fato imputado, ou declarando que quem fora preso não era autor desse fato ou dele não participara de qualquer forma. Embora sem êxito, outra proposta idêntica foi apresentada por Luchini, em 1903. No entanto, em 1921, o Projeto do Código Penal Ferri cogitou expressamente do assunto. Contudo, no Código de Processo Penal Italiano de 1930, a indenização por prisão preventiva injustamente sofrida não foi prevista, entendendo-se que isso ocorreu por influência da teoria de Arturo Rocco, segundo o qual o erro judiciário seria um fato materialmente causado pela atividade humana. Esta se manifesta por obra do Estado, mas é, com relação a este, involuntário, e por isso equiparável a um evento natural, ainda quando devido a culpa do magistrado” (*Idem, ibidem*).

<sup>1600</sup> *Idem*, p. 138.



Porém, trata-se de mais uma questão, que não obstante os séculos, o direito brasileiro não segue o direito comparado, porquanto não prevê essa indenização, bem como os tribunais superiores continuam negando-a.

É claro que uma prisão preventiva ilegítima, porquanto contrária à presunção de inocência, causa dano à imagem e integridade do indivíduo. Se um processo penal, só por só, provoca danos a pessoa, quanto mais uma prisão arbitrária.

Há diversos casos em que uma prisão preventiva se revela ilegal, de modo a causar danos irreparáveis ao sujeito. Nada mais justo que o Estado indenize o cidadão atingido, muita das vezes de maneira abusiva, em sua honra objetiva e subjetiva, por conta de uma prisão abusiva.

Embora não prevista na legislação, uma indenização pode ser pugnada a partir da norma extraída do art. 9º, n. 5, do Pacto IDCP. Lá declara-se que “toda a pessoa que tenha sido detida ou presa ilegalmente tem o direito a obter uma indenização”. Por isso, pode-se exigir uma compensação pelo dano causado por uma prisão preventiva indevida.

Sucedê que no Brasil prepondera a posição de que não cabe indenização por conta de prisão preventiva ilegal, ainda que absolvido o réu ao cabo do processo. Nesse sentido, só há reparação na hipótese de uma conduta dolosa praticada pelo Poder Judiciário.

Ocorre que não se trata de responsabilidade civil subjetiva, mas de responsabilidade civil objetiva, baseada tão-somente na ilicitude da prisão que se evidencia, sobretudo, quando da absolvição do imputado.

Além disso, essa posição relativa ao não cabimento de indenização, não parece ser compatível com a redação do art. 5º, inc. LXXV, da CF, segundo a qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”<sup>1602</sup>. Há um propósito de indenizar o prejuízo causado pelo Judiciário, não havendo razão concreta para afastar a prisão preventiva disso.

---

<sup>1601</sup> FERNANDES, Francisco; *ob. cit.*, p. 139.

<sup>1602</sup> O STF, a propósito, teve a oportunidade de fixar que nesta hipótese, do condenado por erro judiciário, tem-se uma responsabilidade civil objetiva: “Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. CPP, art. 630. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do CPP, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei

Deveras, subsiste erro judiciário quando o Estado impõe uma prisão preventiva em descompasso com os princípios constitucionais e legais de aplicação da medida, pois o dano é evidente quando sobrevem uma absolvição. Por isso mesmo, cremos que o direito de indenizar é garantido.

---

Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisd

ição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça” (RE 505.393, 26 de junho de 2007).

## CONCLUSÃO

Decerto, há crimes e criminosos em qualquer sociedade organizada. É impossível<sup>1603</sup>, por essa razão, imaginá-la sem uma relação de comportamentos proibidos pela lei<sup>1604</sup>. Por exemplo, no Código Penal subsiste um conjunto de condutas vedadas (crimes) que implicam consequências jurídicas, caso descumpridas (penas ou medidas de segurança).

Ocorre que o Código Penal, ou qualquer lei penal substancial, costuma regular a conduta da pessoa, porém não estabelece como determinar quem e como praticou. Para organizar o percurso entre os crimes e as penas que subsiste o processo penal, com uma reunião de regras destinadas a ordenar um procedimento, com isso instrumentalizar a aplicação da lei penal material ao caso concreto<sup>1605</sup>, contidas a rigor na Constituição e no Código de Processo Penal.

Então, dentro da noção geral de procedimento (*procedere*), que supõe uma sucessão concatenada de fatos processuais à vista de produzir um efeito jurídico final<sup>1606</sup>, cumpre ao processo penal regular passo a passo, como determinar quem praticou o crime e

---

<sup>1603</sup> Para Julian Roberts, “society causes crime and creates offenders. Think of Robinson Crusoe on the island, but without his ‘Man Friday’. On a desert island there’s no-one from whom to steal, no-one to assault. No society, no laws, no crime, and no criminals. Once a society emerges, rules develop, and when they are broken society must respond – otherwise the rules would lose their potency to affect behaviour” (*Criminal Justice. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 1).

<sup>1604</sup> FRIEDMAN, Lawrence M.; *Law in America. A short history*. New York: Modern Library, 2002, p. 75.

<sup>1605</sup> TONINI, Paolo; *Manuale di Procedura Penale*. Sedicesima edizione. Milano: Ciuffré Editore, 2015, p. 3.

<sup>1606</sup> MOSCARINI, Paolo; DI BITONTO, Maria Lucia; *Introduzione alla Procedura Penale*, p. 7.

em quais circunstâncias. Por isso que, no curso da história, desenvolveu-se dois sistemas, o acusatório e o inquisitório, com o propósito de legitimar a imposição de uma pena contra quem praticou um crime.

Deveras, impõe-se ao Estado o dever de garantir segurança à comunidade, pois ela deposita confiança nas instituições públicas responsáveis pela sua proteção e execução do *ius puniendi*<sup>1607</sup>. Com isso, uma das características do Estado moderno é o monopólio da aplicação da lei penal (*Strafmonopol des Staates*)<sup>1608</sup>.

Então, dentro dessa ordem de ideias, há duas finalidades do processo penal entrelaçadas: descobrir a verdade e realizar justiça. Assim sendo, uma vez que compete ao Estado punir o infrator, ele deve primeiro descobrir a verdade, para depois realizar justiça. Contudo, essa busca dar-se-á, sob pena de invalidade, dentro do devido processo.

Há quem sustente, que o processo penal deriva daquela noção primeira do *due process*, razão pela qual ele funciona, fundamentalmente, como uma garantia constitucional do cidadão contra o Estado<sup>1609</sup>.

Por isso mesmo, reside no processo penal uma intensa confrontação entre o cidadão e o poder do Estado na execução desse fim concernente à realização da justiça, sobretudo porque ela – a justiça – não pode ser realizada a qualquer preço<sup>1610</sup>.

Então, para realizá-la, o Estado não pode ser absoluto. Lembra Figueiredo Dias, que pelo prisma do liberalismo «o direito processual torna-se em uma ordenação limitadora do poder do Estado em favor do indivíduo acusado, numa espécie de Magna Charta dos direitos e garantias individuais do cidadão»<sup>1611</sup>.

Nesse sentido, paralelamente à descoberta da verdade e à realização da justiça, o processo penal deve garantir a proteção dos direitos fundamentais, tanto dos réus quanto das vítimas<sup>1612</sup>. Por exemplo, garantir o direito de defesa e o direito a um juiz imparcial e

---

<sup>1607</sup> PFEIFFER, Gerd; *Strafprozessordnung Kommentar*. 5., bearbeitete Auflage. München: Verlag C. H., 2005, p. 1.

<sup>1608</sup> TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*. 4., neubearbeitete Auflage. Heildelber: C. F. Müller Verlag, 2003, p. 118.

<sup>1609</sup> BINDER, Alberto M.; *Introducción al derecho procesal penal*. 2ª ed. 7ª reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 116.

<sup>1610</sup> BEULKE, Werner; *idem, ibidem*.

<sup>1611</sup> *Direito Processual Penal*, p. 64.

<sup>1612</sup> ANTUNES, Maria João; *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 14.

independente, para com isso mitigar o risco de um inocente ser condenado ou de um culpado ser absolvido<sup>1613</sup>.

Portanto, para legitimar a consequência jurídica decorrente do ilícito penal, impõe-se a jurisdição penal. Porém, no processo penal do pós-guerra, orientado que é pelos vetores da dignidade da pessoa humana e do justo processo<sup>1614</sup>, tornou-se uma *lei* primordial à proteção dos direitos fundamentais.

É evidente que com o crime, rompe-se a paz social. Por essa razão, o processo penal tenciona restaurar a paz jurídica por meio de uma sentença penal<sup>1615</sup>. Essa restauração ocorrerá<sup>1616</sup> quando convencer o cidadão e a sociedade de que o “crime não compensa”, por meio de uma condenação.

Com base nisso, pode-se apontar as seguintes finalidades processuais penais: a) descobrir a verdade e realizar justiça; b) proteger os direitos fundamentais dos arguidos e das vítimas; c) restaurar a paz jurídica rompida com o crime por meio de uma sentença consistente.

Sucedem que há institutos que se digladiam entre a *função-espada* e a *função-escudo* do processo penal. É o caso da prisão preventiva, pois de um lado necessária para garantir a justiça, do outro lado antagônica à presunção de inocência.

Em uma palavra, a prisão preventiva é um meio de coação vista de suprir uma exigência processual de natureza cautelar, razão pela qual não pode ser usada como mecanismo de pressão ou de antecipação da pena.

Sobre a questão, Rui Pinheiro e Artur Maurício diziam que: «o risco de se ver privado de liberdade de forma irreparável um arguido que vem a ser julgado inocente corresponde um outro, antagônico, do Estado, em deixar em liberdade indivíduos sobre os quais há fundada suspeita de perigosidade»<sup>1617</sup>.

---

<sup>1613</sup> TONINI, Paolo; *Manuale di Procedura Penale*, p. 3.

<sup>1614</sup> MOSCARINI, Paolo; DI BITONTO, Maria Lucia; *Introduzione alla Procedura Penale*. Torino: 2018, p. 87.

<sup>1615</sup> Segundo Arthur Hartman e Rolf Schmidt, “Dadurch, dass das Strafverfahren einen sozialen Störfall aufarbeitet, sichert es die Geltungskraft der Strafnormen und schafft dadurch Rechtsfrieden. Das Urteil soll die Sache erledigen” (*Strafprozessrecht. Grundzüge des Strafverfahrens*, p. 2).

<sup>1616</sup> Cf. ROXIN, Claus; SCHÜNEMMAN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*, p. 2.

<sup>1617</sup> *A Constituição e o Processo Penal*, p. 89.

Há no artigo n.º 28º, da CRP limites constitucionais à prisão preventiva. Sob pena de nulidade, sempre será uma medida de coação excepcional, subsidiária, limitada e direcionada às exigências processuais de natureza cautelar. Não é “meio de investigação”.

Investigou-se, neste estudo, o enquadramento jurídico-constitucional da prisão preventiva. Em Portugal, pautada pelos princípios constitucionais da presunção de inocência, da reserva de juiz, da excepcionalidade, do contraditório e da limitação, bem como pelos princípios legais de aplicação, quais sejam, da legalidade, da necessidade, da adequação, da proporcionalidade, da subsidiariedade e da precariedade.

Essa medida de coação só terá lugar à vista de exigências processuais de natureza cautelar. Por isso que, caso não sirva à garantia do processo, considerando os objetivos de descobrir a verdade e realizar justiça, proteger os direitos individuais e restabelecer a paz jurídica, não haverá compatibilidade com os princípios e valores constitucionais, pois estaria em descompasso, principalmente, com o princípio da presunção de inocência.

São motivos processuais da prisão preventiva: *(i)* impedir o perigo de fuga do arguido (realizar justiça), *(ii)* impedir o perigo de inquinação às provas (descobrir a verdade material) e *(iii)* impedir o perigo de reiteração criminosa ou perturbação da ordem e tranquilidade públicas (restabelecer a paz jurídica rompida com a prática do delito). Tais motivos colidem com a presunção de inocência e o direito à liberdade do arguido (direitos individuais).

O dilema do processo penal do Estado de Direito democrático consiste em equilibrar seus escopos, quase que antagônicos, como ocorre particularmente em relação à prisão preventiva: um processo penal do equilíbrio. Nesse sentido, os princípios constitucionais e legais de aplicação da medida serão decisivos para contrabalançar a necessidade da prisão preventiva e a proteção dos direitos individuais.

Para equacionar essas questões, deve-se laborar com a concordância prática, de maneira que cada objetivo seja otimizado ao máximo, para com isso permitir uma harmonização das finalidades do processo.

Sem embargo, o estatuto do preso preventivo deverá reunir um conjunto de direitos compatíveis com o princípio da presunção de inocência. Tudo para evitar que a medida de coação se torne uma antecipação indevida da pena.

O processo penal, verdadeiramente, concorre para se determinar o facto criminoso e o responsável pela sua prática, no afã de buscar a verdade material e realizar justiça.

Porém, deve assegurar, no mesmo grau, a proteção dos direitos do cidadão investigado, como condição essencial a sua validade. Em síntese, buscar a verdade e fazer justiça, sem mitigar os direitos do arguido.

Sempre que se quiser enquadrar os institutos do processo penal dentro de uma teoria geral do processo, ter-se-á uma abordagem inadequada e insuficiente, pois o crime e suas nuances não escapam à criminologia e à política criminal.

O regime jurídico dispensado ao preso que cumpre pena deve diferir daquele indicado ao preso que cumpre medida de coação, como consequência direta dos princípios constitucionais que orientam a prisão preventiva, sobretudo a presunção de inocência.

Então, quando pensamos em prisão preventiva como medida de coação, estamos a considerar, necessariamente, que essa providência seja motivada, no sentido de atender aos interesses comunitariamente consentidos. Por exemplo, a proteção de bens jurídicos legalmente tutelados.

Tendo em conta que uma das finalidades do processo penal consiste em descobrir a verdade e realizar justiça, tem-se que, com relação à medida de coação concernente à prisão preventiva, impõe-se que seja necessária à preservação da efetividade processual, excepcional à conservação do bem jurídico protegido, proporcional ao crime supostamente cometido, subsidiária diante das medidas legalmente previstas e precária diante do estado de inocência do arguido.

Destarte, proteger a comunidade e o indivíduo contra quem pesa uma suspeita são objetivos de equivalente importância dentro de um Estado de Direito democrático. Por isso, para haver um equilíbrio entre os escopos do processo penal, particularmente em relação à prisão preventiva, essa deve ser imposta num regime diverso do regime previsto à pena de prisão.

Muito embora não seja incompatível com o instituto em debate, o princípio da presunção de inocência impõe, simultaneamente, condições e limites à prisão preventiva. Está no início e no fim do seu enquadramento jurídico-constitucional<sup>1618</sup>.

---

<sup>1618</sup> Certa, portanto, a afirmação de Alberto Bovino: “El ‘principio de principios’ en materia de encarcelamiento preventivo es, sin duda, el principio de inocencia, también denominado presuncion de inocencia. Este principio fundamental del Estado de derecho es el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la privación de libertad procesal (*Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, p. 130).

É que a presunção de inocência como regra de tratamento do arguido impede que a prisão preventiva tenha um carácter punitivo. Ou seja, não poderá em sua conformação castigar o investigado.

No caso particular da prisão preventiva empregada para impedir novos crimes, emerge da realidade sua necessidade, pois o arguido permanecerá preso por conta dos fortes indícios contra si, da gravidade do crime e das circunstâncias do caso concreto, somada a uma prognose de reiteração criminosa positiva em função das suas condições pessoais, nada obstante a condição de inocente presumido.

Porém, sem prazo pré-estabelecido, a prisão preventiva tornar-se-á, invariavelmente, uma pena antecipada. Daí ser necessário, para salvaguardar sobretudo o princípio da presunção de inocência, prazos de duração legalmente determinados e cumpridos.

Em resumo, não permitir a fuga do arguido, preservar os meios de prova ou impedir a reiteração criminosa constituem as legítimas razões constitucionais que sustentam a prisão preventiva.

Decerto, os acordos celebrados sob a imposição de uma prisão preventiva, como ocorre de modo oblíquo no Brasil, excluem a voluntariedade da colaboração premiada. Com isso, ter-se-á um prova obtida por meios ilícitos, por conseguinte imprestável à luz do justo processo, inclinado à descoberta da verdade, sem mitigar, todavia, os direitos fundamentais do indivíduo.

Frise-se que os espaços de execução da prisão preventiva não podem lembrar celas de um presídio, mas uma unidade onde pessoas investigadas ou processadas presumidas inocentes estão sob a imposição de uma medida de coação. Por isso, convém sustentar um direito ao alojamento (habitação) ou prisão específica àquele submetido à medida cautelar.

Por derradeiro, convém realçar que a prisão preventiva deve ser pensada sob o ângulo daquelas palavras contidas no preâmbulo do CPP português de 1987, ou seja, por meio de um diálogo *«sempre em aberto e sempre renovado, entre a vertente liberal e a vertente social do Estado de Direito democrático, entre a justiça e a eficiência na aplicação da lei penal, entre as exigências de segurança da comunidade e de respeito pelos direitos das pessoas»*.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AALTO, Pekka; Outcome of The Tampere European Council: Birth of a New Project for Europe? *Strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union nach Tempere. ERA*. Köln: Bundesanzeiger, 2002.

ALBERGARIA, Pedro Soares de; *Plea Bargaining. Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ALBERTO, Carlos; *Medidas Cautelares e de Polícia do Processo Penal em Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2006.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homen*. 4ª edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

\_\_\_\_\_; *Direito Prisional Português e Europeu*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_; *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_; Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro? *Que futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coord. Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Novera Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: G. Kraft, 1945.

ALLEN, Ronald Jay; STUNTZ, Willian J.; HOFFMANN, Joseph L. Hoffmann;

LIVINGSTON, Debra A.; LEIPOLD, Andrew D.; *Comprehensive Criminal Procedure*. Third Edition. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

AMBOS, Kai; *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht -Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechtshilfe. Ein Studienbuch*; 3., Auflage. München: C. H. Beck, 2011.

\_\_\_\_\_; *European Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

\_\_\_\_\_; *Processo Penal Europeu: Preservação das garantias e direitos individuais (Princípios processuais e análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos)*, Tradução Marcellus Polastri Lima, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.

AMBOS, Kai; POSCHADEL, Annika Maleen; Terroristas y Debido Proceso: El derecho a um debido processo para los presuntos terroristas detenidos em la Bahía de Guantánamo, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 108, Ano 2014, p. 223 e ss., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra; *The American Convention on Human Rights. Essential Rights*. New York: Oxford University Press, 2017.

ANTUNES, Maria João; *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2018.

\_\_\_\_\_; O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Organização. Manual da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_; *Penas e Medidas de Segurança*. Coimbra: Almedina, 2017.

\_\_\_\_\_; *Consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

\_\_\_\_\_; “Direito Processual Penal – ‘Direito Constitucional Aplicado’”, *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 745;

\_\_\_\_\_; *Beleza dos Santos e Eduardo Correia. Obra única e original*. Coimbra: Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2016.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Chapter 11 – Portugal. Criminal Procedure Systems in The European Community*. Editor Christine Van den Wyngaert and Co-editors C. Gane, H.H.Kühne and F.Mcauley. London: Butterworths, 1993.

\_\_\_\_\_; COSTA, Joana Fernandes; ALFAIATE, Ana Rita; MONIZ, Helena; COSTA,

Miguel João; *A agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias de defesa no Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português*. Org. Pedro Caeiro. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, 2015.

\_\_\_\_\_; COSTA, Joana Fernandes; *Comentários à Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em Tribunal em processo penal (COM (2013) 821 Final)*. Org. Pedro Caeiro. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, 2015.

\_\_\_\_\_; *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis* (os arts. 103.º, 104.º e 105.º do Código Penal de 1982) Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

APRILE, Ercole; D’ARCANGELO, Fabrizio; *Le misure cautelari nel processo penale*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017.

ÁVILA, Humberto; *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy; *Principles of Criminal Law*. Seventh Edition. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ASHWORTH, Andrew; REDMAYNE, Mike; *The Criminal Process*. Third Edition. Oxford: Oxford University Press, 2005.

ARAÚJO BARROS, José Manuel de; Critérios da Prisão Preventiva, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, Fasc. 3º, Julho-Setembro 2000, Coimbra Editora.

AREIAS, André Paralta; O valor do princípio da presunção de inocência no regime de indemnização por indevida privação da liberdade. *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV. Número 13. Janeiro – Março 2013. Lisboa: Almedina, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; *Processo Penal*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_; A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 103. Jan/dez 2008. São Paulo

BADURA, Peter; *Staatrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes*. 7. Auflage. München: C. H. Beck, 2018.

BALSAMO, Antonio; *Il Contenuto dei Diritti Fondamentali. Manuale di Procedura Penale Europea*. A cura de Roberto E. Kostoris. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017.

- BANDINI, Tullio; GATTI, Uberto; MARUGO, Maria Ida; VERDE, Alfredo; *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*. Milano: Giuffrè Editore, 1991.
- BAÑOS, Javier Ignacio; BUJÁN, Fernando; *Carantias Constitucionales em el Proceso Penal*. Buenos Aires: Lajavane, 2009.
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Quinta Edición. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- BAUMANN, Jürgen; *Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentales y Principios Procesales*. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.
- \_\_\_\_\_; *Entwurf eines Untersuchungshaftvollzugsgesetzes*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1981.
- BARATTA, Alessandro; Criminologia e Dogmática Penal. Passado e Futuro do Modelo Integral da Ciência Penal. *Revista de Direito Penal*. N.º 21. Janeiro – Junho/1981. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BARRETO, Fabiana Costa Oliveira; *Flagrante e Prisão Provisória em casos de furto. Da presunção de inocência à antecipação da pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- BARRETO, Ireneu Cabral; *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2016.
- BARROS, Marco Antonio de; *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BARROS, Romeu Pires de Campos; *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BARREIROS, José António; *Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.
- BARROSO, Luis Roberto; Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Volume III. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- BECHARA, Fábio Ramazzini; *Prisão Cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BELEZA, Tereza Pizarro; Prisão preventiva e direitos do arguido. *Que Futuro para o Direito Processual Português? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- BELLAVISTA, Girolamo; TRANCHINA, Giovanni; *Lezioni di Diritto Processuale*

- Penale*. Decima edizione. Milano: Giuffrè editore, 1987.
- BENDA, Ernesto; Dignidad humana y derechos de la personalidad. *Manual de Derecho Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública: Madrid, 1996.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime; LYNETT, Eduardo Mont ealegre; *El Proceso Penal. Tomo II: Estructura y Garantías Procesales*. 6ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*. Quinta Edizione. Padova: CEDAM, 1993.
- BERNARDI, Alessandro; *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo; Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo. Víctor Gómez Martín. Coord. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 39-78.
- BEULKE, Werner; *Strafprozessrecht*. 10., Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2008.
- BLEICHRODT, Edwin; *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*. Fifth edition. Edited by Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn Leo e Leo Zwaak. Cambridge: Intersentia, 2018.
- BOVIANO, Alberto; BIGLIANI, Paola; *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2008.
- BOROWSKY, Martin; *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2006.
- BINDEN, Alberto M.; *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1*. 21ª edição. Saraiva: São Paulo, 2015.
- BINDER, Alberto M.; *Introducción al derecho procesal penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016.
- BINDER, Alberto M.; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza; *Defesa criminal efetiva na América Latina*. São Paulo: ADC/CERJUSC/CONNECTAS/DEJUSTICIA, 2016.
- BOLINA, Helena Magalhães; Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1994.
- BOVINO, Alberto; *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BOULOC, Bernad; *Procédure pénale*, Bernard Bouloc, 25<sup>a</sup> édition, Paris: Daloz, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres; *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BRANDÃO, Nuno; “Medidas de Coacção: O Procedimento de aplicação na revisão do Código de Processo Penal”, *Revista do CEJ*, 1<sup>o</sup> Semestre 2008, Número 9 (Especial), Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal, Almedina, Coimbra.

CAAMAÑO, Francisco; *La garantía constitucional de la inocência*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 26 e ss.

CAIERO; Pedro; *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 116 e ss.

\_\_\_\_\_; “Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia”, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 519 e ss.

CALAMANDREI, Piero; *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, CEDAM, 1936.

CARVALHO, Paula Marques; *As medidas de coacção e de garanía patrimonial – Uma análise prática*. Coimbra: Almedina, 2007.

CAMPOS BARROS, Romeu Pires; *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1982.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital; *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4<sup>a</sup> Edição Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CASAL, Jesús María; *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Editores Chistian Steiner / Patricia Uribe. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio; *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*. Coimbra: Edição do Autor, 1968.

CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés; *Derecho Procesal Penal*. 6<sup>a</sup> edición. Valencia: tirant lo blanch, 2012.

CASTRO E SOUSA, João. Os meios de coacção no novo Código de Processo Penal. *O Novo Código de Processo Penal*. CEJ. Coimbra: Almedina, 1991.

CASAL, Jesús María; *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Chistian Steiner/Patricia Uribe (Editores). *Konrad Adenauer Stiftung*. Bogotá: Editorial Temis, 2014.

- CAPEZ, Fernando; *Curso de Direito Penal. Parte geral*. Volume 1. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAPPARELLI, Bruna; Origens históricas do processo penal italiano e o IV Conselho Lateranense. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 131. ano 25. maio/2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CARRARA, Francesco; *Opuscoli di Diritto Criminale. Il Carcere Preventivo e l'applicazione della pena*. Vol. II. Prato: Tipografia Ciacheti Figlio, 1878.
- CARRILHO, Fernanda; *Dicionário de Latim Jurídico*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2010.
- CASTRO, Jorge; *Ainda a presunção de inocência*. *Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*. Tomo LVIII. N.º 319 - Julho/Setembro 2009. Braga: Universidade do Minho, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco; *Lezioni sul Processo Penale I*. Roma: Edizioni Dell'Ateneo, 1946.
- \_\_\_\_\_; *Lecciones sobre El Proceso Penal*. Tradución de Santiago Sentís Melendo. Vol. I. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002.
- \_\_\_\_\_; *Principi del Processo Penale*. Napoli: Morano Editore, 1961.
- \_\_\_\_\_; *Le miserie dei processo penale*. Torino: E.R.I, 1957.
- \_\_\_\_\_; *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Edijur, 2010.
- CAROFOLI, Vincenzo; *Diritto processuale penale*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2015.
- CATERINI, Mario; *Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza*. *L'indice Penale*. Maggio-Agosto 2016. Roma: Dike Giuridica Editrice, p. 468-505.
- CENTORAME, Federica; *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge A.; *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- CONSO, Giovanni; GREVI, Virrorio; BARGIS, Marta; *Compendio di Procedura Penale. Ottava Edizione*. Padova: CEDAM, 2016.
- CRAWSHAW, Ralph; HOLMSTRÖM; *Essential cases on Human Rights for the Police*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

- CRESPO, Carolina Sanchis; LA JUSTICIA EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA: Aproximación al derecho a la presunción de inocencia a través de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Garantías Fundamentales del Proceso Penal en el Espacio Judicial Europeo*. Coord. Andrés de La Oliva Santos, Teresa Armenta Deu y M<sup>a</sup> Pía Calderón Cuadrado. Madrid: Editorial Colex, 2007.
- CRISTIANI, Antonio; *Manuale del Nuovo Processo Penale. Seconda edizione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1991.
- CRUZ, Rogerio Schietti Machado; As medidas cautelares no projeto do novo CPP. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 46. N. 183. Brasília: Senado, julho./set.2009.
- CHIARA DÍAZ, Carlos A. *Derecho Procesal Penal*. Carlos A. Chiara Díaz y Mariano R. La Rosa. 1<sup>a</sup> Ed. Buenos Aires: Astrea, 2013.
- COLOMER, Juan-Luis Gomez. *El Proceso Penal Aleman. Introduccion y Normas Basicas*. Barcelona: Bosch, 1985.
- COOK, Helena; Preventive Detention – International Standars and Protection of the individual. Preventive Detention. *A comparative and international law perspective*. Edited by Stanislaw Frankowski and Dindh Shelton. Dordrecht: Martins Nijhoff Publishers, 1992.
- CORREIA, Eduardo; *Processo Criminal*. Coimbra: Edição do Autor, 1954.
- \_\_\_\_\_; *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 2016.
- \_\_\_\_\_; *La Detention avant jugement. Rapports présentés au VIII Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé* (Pescara, 1970). Coimbra: Universidade de Coimbra, 1971.
- CORDERO, Franco; *Procedura Penale*. Terza edizione. Milano: Giuffré Editore, 1995.
- CONDE, Francisco Muñoz; *La búsqueda de la verdad em el proceso penal*. 2<sup>a</sup> edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
- CONSTANT, Benjamin; *Oeuvres de G. Filangieri. Traduites de L'italien. Nouvelle Edition. Accompagnée d'un commentaire par Berjamine Constant. Tome Troisième*. Paris: A La Librairie de J. P. Aillaud, 1840.
- CORDERO, Franco; *Procedura Penale*. 2 ed. Milano, Giuffrè, 1993.
- COSTA ANDRADE, Manuel da; *Bruscamente no Verão Passado a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.



\_\_\_\_\_; Constituição e Direito Penal; *A Justiça nos dois lados do Atlântico, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento*, 1997.

COSTA, Álvaro Mayrink da; *Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

COHEN-JONATHAN, Gérard; *La Convention Europeenne des Droits de L'homme*. Paris: Economica, 1989.

CORKIN, Joseph. Constitutionalism in 3D: Mapping and Legitimizing Our Lawmaking Underworld. *European Law Journal*. Vol 19. N. 5, Setember 2013. John Wiley & Sons Ltd, Oxford.

DA SILVA, Gabriel González; Consideraciones sobre la operación ‘Lava Jato’, prisión preventiva e ‘impeachment’ em el Brasil. *Revista de Derecho Penal y Criminologia*. Buenos Aires: La Ley. Año VI. N.º 05. Junho 2016.

D’AVILA, Fabio Roberto. Os limites normativos da política criminal no âmbito da “ciência conjunta do direito penal” (algumas considerações críticas ao pensamento funcional de Claus Roxin). *Zeitschrift für Internationale Strarechtsdogmatik*. n. 10, p. 485-495, 2008. Disponível em: [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com). Acesso: 1º de fevereiro de 2019.

DANDURAND, Yvon; Criminal Justice Reform and The System’s Efficiency, *Criminal Law Forum*, 25:383-440, Volume 25, Numbers 3-4, September-December 2014.

DE CARO, Agostino; *Trattato di Procedura Penale. Prove e Misura Cautelari. Tomo II. Le Misura Cautelari*. A cura di Adolfo Scalfati. Torino: Utet Giuridica, 2006.

DE SÃO, Pedro Jorge Teixeira; Fortes Índícios de Ilegalidade da Prisão Preventiva, *Scientia Iuridica*, T. XLVIII, 1999, n.ºs 280/282.

DEGENHART, Christoph; *Grundgesetz Kommentar*. Herausgegeben von Dr. Michael Sachs. 7, Auflage. München: C. H. Beck, 2014.

DEZEN, Guilherme Madeira; DE SOUZA, Luciano Anderson; *Comentários ao Pacote Anticrime. Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2020.

DEZZA, Ettore; *Breve Storia del Processo Penale Inglese*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2009.

DEU, Teresa Armenta; *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Décima edición. Madrid: Marcial Pons, 2017.

\_\_\_\_\_; *Estudios sobre el proceso penal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 2008.

DIAS, Augusto Silva; A prisão preventiva após a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal: foi superada a crise? *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira*

*Ascensão*. Volume II. Estudos organizados pelos Professores Doutores António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos e Paula Costa e Silva. Coimbra: Almedina, 2008.

DI BITONTO, Maria Lucia; Libertà Personale Dell'imputato e Giusto Processo. *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 2007. Fasc. 2/3. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore. p. 865-898.

DIJK, Peter Van; HOOF, Fried Van; RUN, Arjen Van; ZWAAK, Leo; *Theory and Practice of The European Court Human Rights*. 4<sup>o</sup> edition. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006.

DÖLLING, Dieter; *Über das Ziel des Strafverfahrens. Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe*. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C. F. Müller, 2015.

DOS SANTOS, José Belezã; *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*. Coimbra: Atlanta Editora, 1968.

DUFERNEX, Benjamin; *La Détention Préalable et La Liberté sous caution*. Genève: Imprimerie de Jules-Gme Fick, 1861.

DREIER, Horst; *Grundgesetz Kommentar. Band I*. 2. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

DÜNNEBIER, Hanns; *Das neue Recht der Untersuchungshaft*. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1966.

EISEMBERG, Ulrich; *Schutzpflichten bei Untersuchungshaft statt Einstweiliger Unterbringung. Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Stephan Barton, Thomas Fischer, Matthias Jahn und Tido Park. München: C. H. Beck, 2018, p. 213-223.

EIRAS, Henriques; FORTES, Guilermina; *Dicionário de Direito Penal e Processo Penal*. 3<sup>a</sup> edição. Lisboa: Quid Juris, 2010.

ESER, Albin; *Hacia um Derecho Penal Mundial*, Tradutores Dr. Jura. Enrique Díaz-Aranda et al., Granada, 2009.

EMMERSON, Ben; ASHWORTH, Andrew; MACDONALD, Alison; *Human Rights and Criminal Justice*. Third Edition. London: Sweet & Maxwell, 2012.

ESSER, Robert; *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht. Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg*. Berlin: De Gruyter Recht, 2002.

ERB, Volker; Feindstrafrecht in der Praxis? Der Fall des Rockers von Anhausen, *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, p. 19 e ss.

FALCONE, Roberto; La Prisión Preventiva frente a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Ley Procesal Penal. *Summa Procesal Penal*. Director Pedro J. Bertolino. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

FANUELE, Chiara; *La Libertà Personale, Processo Penale e Costituzione*. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

FARIA COSTA, José de; *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*. 4ª edição. Coimbra Editora, 2015.

\_\_\_\_\_; *Beccaria e o Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

\_\_\_\_\_; *A caução de bem viver. Um subsídio para o estudo da evolução criminal*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1980.

\_\_\_\_\_; *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.

\_\_\_\_\_; “Um olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal”, em *A Justiça nos dois lados do Atlântico. Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento. Lisboa, Novembro 1997., p. 187.

\_\_\_\_\_; A Europa e a Narrativa Penal, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Volume V. História e Política: entre Memórias e Ideias. Organizadores Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro, Coimbra Editora, 2012.

FASOLINO, Francesco; *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza. Regole e Garanzie nel Processo Criminale Romano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.

FEELEY, Malcolm M.; *The Process is The Punishment. Handling Cases in a Lower Criminal Court*. New York: Russel Sage Foundation, 1979.

FENOLL, Jordi Nieva; *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Euroeditores, 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance; Funções e limites da prisão processual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 64. Ano 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi; *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. Bari: Editori

Laterza, 1990.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; La armonización procesal penal em la Unión Europea: Derechos de los detenidos y mayor eficacia jurisdiccional. *Cuestiones actuales de Derecho Penal*. Coordinación José Sáez Capel. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2015, p. 179-198.

FERNANDES, Francisco; *Prisão Preventiva*. Coimbra: F. França Amado Editor, 1896.

FERNANDES, Plácido Conde; Detenção. Novo Processo Novos Problemas, *Revista do CEJ*, 1º Semestre 2008, Número 9, Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal, Coimbra, Almedina, p. 173 e ss.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I. Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra Editora, 2ª edição, 2012.

\_\_\_\_\_; *Direito Processual Penal*. Clássicos Jurídicos. 1ª ed. 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_; *Acordos sobre a sentença em processo penal, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume II, Org. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

\_\_\_\_\_; *Direito Processual Penal*. Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade. 1988-9.

\_\_\_\_\_; Sobre os Sujeitos Processuais no novo Código de Processo Penal. In. AA.VV. *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1988.

\_\_\_\_\_; *Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_; *O presente e o porvir da Ciência do Direito Penal. Política Criminal e Dogmática jurídico-penal*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2014.

\_\_\_\_\_; *O Processo Penal, Hoje. Problemas Doutrinários Fundamentais*. Actas da Conferência Internacional de Processo Penal. Os desafios do Século XXI. Macau: Centro de Formação Jurídica, 2007.

\_\_\_\_\_; O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. *XXV Anos de Jurisprudência constitucional portuguesa*. Colóquio comemorativo do XXV aniversário

do Tribunal Constitucionale. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 21-46.

\_\_\_\_\_; O sistema sancionatório do Direito Penal Português no contexto dos modelos de política criminal. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

\_\_\_\_\_; *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal. O 'fim do Estado de Direito ou um novo 'princípio'?*. Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, Conselho Distrital do Porto, 2011.

\_\_\_\_\_; *Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal*. Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal, Livraria Almedina.

\_\_\_\_\_; *Direito Processual Penal*, Clássicos Jurídicos, 1ª ED. 1974, Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_; O “Direito Penal do Bem Jurídico” como Princípio jurídico-constitucional. Da Doutrina Penal, Da Jurisprudência Constitucional Portuguesa e das suas relações, XXV ANOS DE JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA. Colóquio Comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_; *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 151.

\_\_\_\_\_; Algumas reflexões sobre o Direito Penal na “sociedade de risco”. *Problemas fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002.

\_\_\_\_\_; *O Processo Penal, Hoje. Problemas Doutrinários Fundamentais*, Actas da Conferência Internacional de Processo Penal, Os desafios do Século XXI, Macau, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2009.

\_\_\_\_\_; O processo penal português: Problemas e prospectivas”, in: AA.VV., *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português* (org.: Mário Ferreira Monte et al.), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 805-819.

\_\_\_\_\_; Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro. *Revista da Ordem dos Advogados* 43, 1983.

\_\_\_\_\_; A nova Constituição e o processo penal. *Revista da Ordem dos Advogados*, 1976.

\_\_\_\_\_; Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português. *Revista*

*Portuguesa de Ciências Criminais*. 30 anos do Código de Processo Penal. Ano 28. N.º 1. Janeiro-abril de 2018. Coimbra: Instituto Jurídico, 2018.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel; *Criminologia – O Homem delinquente e a Sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

FIGLIORE, Carlo; FIGLIORE, Stefano; *Diritto Penale. Parte Generale*. Quinta Edizione. Torino: Utete Giurica, 2016.

FIRCHAU, Lars. *Das fachgerichtliche Rechtsbehelfssystem der Untersuchungshaft sowie die Regelung des Vollzuges. Unter Einbeziehung des Bayerischen Untersuchungshaftvollzugsgesetzes*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2013.

FILIPPI, Leonardo; CORTESI, Maria Francesca; *Il Code delle misure di prevenzione*. Aggiornato al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

FISCHER, Thomas; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. Herausgegeben von Rolf Hannich. 7., Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2013.

FRANCO, Ary Azevedo; *Código de Processo Penal. Volume II*. Forense: Rio de Janeiro, 1960.

FRÄNDE, Dan; *The presumption of innocence and the Finnish Law of Evidence*. Festschrift für Helmut Fuchs. Herausgegeben von Susanne Reindl-Krauskopf et alii. Wien: Verlag Österreich GmbH, 2014.

FREIXES, Teresa; *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coordenadoras Alessandra Silveira, Mariana Canotilho. Coimbra: Almedina, 2013.

FRIEDMAN, Lawrence M.; *Law in America. A short history*. New York: Modern Library, 2002.

FROWEIN, Jochen Abr.; PEUKERT, Wolfgang; *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar*. 2. Auflage. Strasbourg: N.P. Engel, 1996.

FUFARO, Sandro; *Codice di Procedura Penale Comentato*. a cura di Alfredo Gaito. Quarta edizione. Torino: UTET Giuridica, 2012.

GARCIA, Basileu; *Comentários ao Código de Processo Penal*. Vol. III. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.

GAROFOLI, Vincenzo; *Diritto Processuale Penale*. Seconda edizione. Milano: Giuffè Editore, 2012.

GASPAR, Antonónio Henrique; “Os Novos Desafios do Processo Penal No Século XXI e os Direitos Fundamentais (Um Difícil Equilíbrio)”, *Revista Portuguesa de Ciência*

*Criminal*, Ano 15, N. 2, Abril-Junho 2005, Coimbra Editora, p. 257 e ss.

\_\_\_\_\_; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 15. N. 4. Outubro-Dezembro 2005. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 633.

GIACOMOLLI, Nireu José; *Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOMES CANOTILHO, J.J.; BRANDÃO; Nuno; Colaboração Premiada: Reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 25. vol. 133. julho de 2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GRAF, Jürgen-Peter; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. Herausgegeben von Rolf Hannich. 7., Auflage. München: Verlag C. H. Beck München 2013.

GREER, Steven; “Preventive Detention and Public Security: Law and Practice in Comparative Perspective”, *International Journal of the Sociology of Law* 1995, 23, 45–58.

GRUNAU, Theodor; *Untersuchungshaftvollzugsordnung (UVollzO)*. 2., Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1972.

GLENSY, Rex D.; The Rights to Dignity. *Columbia Law Review*. Columbia: Columbia University, 2011, Vol. 43 Issue 1, p65-142. 78p.

GRECO, Luís; *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbruchs und der Wiederrufnahme im Strafverharenrecht*. Berlin: Duncker & Humblot: Berlin, 2015.

\_\_\_\_\_; *Por que inexistem deveres absolutos de punir*. In: *Direito Penal e Processual Penal Contemporâneos*. Org. Eugênio Pacelli, Nefi Cordeiro e Sebastião Reis Júnior. São Paulo: Atlas, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; *Liberdades Públicas e Processo Penal. As interceptações telefônicas*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição Revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim; Justiça Constitucional e Justiça Penal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 58, 2006, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 329 e ss.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. Saraiva: São Paulo, 1991.

\_\_\_\_\_; *Medidas cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. Coordenação Og Fernandes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_; Significados da Presunção de Inocência. In: *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; *Direito de apelar em liberdade. Conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_; Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. *Revista dos Tribunais*. n. 729/377. jul/1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GLOVER, Richard; *Murphy on Evidence*. 15<sup>th</sup> Edition. Oxford: Oxford University Press, 2017.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia; *Código de Processo Penal Anotado*. 17<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_; *Código de Processo Pena Anotado*. 8<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina, 1997.

GOUVEIA, Jorge Barcelar; A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa. *AB VNO AD OMNES*. 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995. Org. Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda e J.J. Gomes Canotilho. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

GUÉRY, Christian; *Détention Provisoire*. Paris: Dalloz, 2001.

GUIMARÃES PASSOS, Ana Beatriz; LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; GRAVA, Guilherme Saraiva; O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)* n. 283 – Junho 2018. São Paulo: Ibccrim, 2018.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques; *Procédure Pénale*. 9<sup>a</sup> édition. Paris: LexisNexis, 2013.

GUIRÃO, Rafael Alcácer; Proteção dos bens jurídicos ou da vigência do ordenamento jurídico? *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 15. Ou/Dez 2005 (p. 511-555).

HAMPTON, Celia; *Criminal Procedure and Evidence*. London: Sweet & Maxwell, 1973.

HARTMANN, Arthur; SCHMIDT, Rolf; *Strafprozessrecht. Grundzüge des Strafverfahrens*. 4. Auflage. Bremen: Grasberg, 2012.



- HASSEMER, Windrid; *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.
- HORSTKOTTE, Hartmuth; Os Limites da Prevenção Criminal à Luz dos Direitos do Homem, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8, Fasc. 3º, Julho-Setembro 1998, Coimbra Editora.
- HENAÍN, Daniel Domínguez; Ley 24.390 *Prisión Preventiva plazo máximo cómputo del Encarcelamiento Cautelar. Análises Dogmático y Jurisprudencial*. Rosario: Editorial Juris, 1996.
- HAMPTON, Celia; *Criminal Procedure and Evidence*. London: Sweet & Maxwell, 1973.
- HERRERO, César; *Hacia um Derecho Penal Equilibrado. Plataforma razonable de política criminal*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 17.
- HERLIN-KARNELL, Ester; Effectiveness and Constitutional Limits in European Criminal Law. *New Journal of European Criminal Law*. Volume 5. Mortsel: Intersentia Publishers, 2014.
- HELIE, M. Faustin; *Traité de L'instruction Criminelle ou Théorie du Code D'Instruction Criminelle*. Deuxieme Édition. Tome Quatrième. Paris: Henri Plon, Imprimeur-Éditeur, 1866.
- HELLMANN, Uwe; *Strafprozessrecht*. 2., Auflage. Heidelberg: Springer, 2006.
- HILGER, Hans; *Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar*. 26., Auflage. Vierter Band. Berlin: De Gruyter Recht, 2007.
- HOFMANN, Hasso; La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cutura giuridica tedesca. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. IV Serie - LXXVI – 1990. Milano: Giuffrè editore, p. 620-650.
- HÖFLING, Wolfram; *Grundgesetz Komentar*. Herausgegeben von Dr. Michael Sachs. 4 Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2007.
- HÖMIG, Diert; WOLFF, Heinrich Amadeus; *Grundgeesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Handkommentar*. 11. Auflage. Nomos: Baden-Baden, 2016.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- HUNGERFORD-WELCH, Peter; *Criminal Procedure and Sentencing*. Ninth Edition.

London: Routledge, 2019.

ILLUMINATI, G. Verso Il Ripristino Della Cultura Delle Garanzie in tema di libertà personale dell'imputato, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 3, Luglio-Settembre 2015, Giuffrè Editore.

ISASCA, Frederico; A Prisão Preventiva e as restantes medidas de coação, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* n. 13, 2003, n. 3, Julho-Setembro de 2003, Coimbra Editora.

JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo; *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*. München: C. H. Beck, 2018.

JARDIM, Afrânio Silva; *Direito Processual Penal*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JESCHECK, Hans-Heirich; *Tratado de Derecho Penal – Parte Geral*. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Volumen Primeiro. Barcelona: Bosch, 1981.

JESCHECK, Hans-Heinrich; KRÜMPELMANN, Justus; *Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht*. Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1971.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas; *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. Berlin: Dunker & Humblot, 1996.

JIMÉNEZ, Argelia Queral; *La Recepción constitucional del Estándar Europeo sobre garantías en el proceso penal. Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*. Dirs. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo. Coord. Víctor Gómez Martín. Madrid: Marcial Pons, 2012.

JAKOBS, Günther; *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

JOECKS, Wolfgang; *Strafprozessordnung. Studienkommentar*. 4., Auflage. München: C. H. Beck, 2015.

JÚDICE, José Miguel. Prisão preventiva: um cancro que envergonha. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 64. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 2004.

KANT, Immanuel; *Die Metaphysik der Sitten Erstdruck*. Königsberg: Nicolovius, 1797.

KALMTHOUT, A.M. van; KNAPEN, M.M.; MORGENSTERN, C.; *Pre-trial Detention in the European Union*. Nijmegen: WLP, 2009.

- KLEINKNECHT, Theodor; JANISCHOWSKY, Georg; *Das Recht der Untersuchungshaft*. München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1977.
- KLIP, Andre, *European Criminal Law. Na Integrative Approach*. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2009.
- KINDHÄUSER, Urs; Criminal Law Science (Strafrechtswissenschaft). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 26. N.ºs 1 a 4 Janeiro-dezembro 2016. Coimbra: Instituto Jurídico.
- KIRÁLV, Tibor; “Significato e valore della presunzione d'innocenza”, *L'Indice Penale*. - 0019-7084. - Anno 26, N. 1 (Gen./Apr. 1992), p. 5-13.
- KITTRIE, Orde F.; *Lawfare. Law as a weapon of war*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- KIRCHHOFER, Sandra; *Die Untersuchungshaft in Südamerika. Eine rechtsvergleichende Analyse*. Wiesbaden: Springer, 2017.
- KHALDE JR, Salah H.; *A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- KNAUER, Florian; *Sicherungsverwahrung nur für Deutsche?*, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, MaschrKim 98, Jahrgang – Heft 5 – 2015, Carl Heymanns Verlag.
- KORINEK, Karl; KAIN, Irmgard; *Grundrechte und Untersuchungshaft*. Wien: Verlag Orac, 1988.
- KOSTORIS, Roberto E.; La Tutela dei Diritti Fondamentali. *Manuale di Procedura Penale Europea*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2017.
- \_\_\_\_\_; Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fasc. 3. Luglio-Settembre. Milano: Giuffrè Editore, 2015.
- KREIKER, Helmut; *Europäisches Strafrecht. Herausgegeben vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* durch Prof. Dr. Ulrich Sieber et. ali. Baden-Baden: Nomos, 2011.
- KREY, Volker; HEINRICH, Manfred; *Deutsches Strafverfahrensrecht. Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung*. 2., Auflage. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2019.
- KREY, Volker; ESSER, Robert; *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4 Auflage. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2011.

KUHLEN, Lothar; ¿Es posible limitar el derecho penal por mérito de um concepto material de delito? *El Sistema Integral del Derecho Penal, Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 129 e ss.

KÜHNE, Hans-Heiner; *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*. Heidelberg: C. F. Müller, 2010.

GÜNTER, Klaus; Da Liberdade à Segurança – Os fundamentos normativos do direito penal em mudança, in “Anatomia do Crime – *Revista de Ciências jurídico-criminais*, Nº 4, Julho-Dezembro/2016, Almedina, Lisboa.

LARQUIGER, Jean ; *Procédure Pénale*, 14<sup>a</sup> ed. , Paris, Éditions Dalloz, 1994.

LASCURAÍN, Juan Antonio; “Prisión provisional mínima“. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Volume III. Organizadores: Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LAUE, Christian; *Gesamtes Strafrecht*; Dölling, Duttge e Rössner, Hrsg. 3., Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2013.

LEONE, Giovanni; *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Ottava Edizione. Napoli: Casa Editrice Dorr. Eugenio Jovene, 1971.

LEMKE, Michael; *Strafprozessordnung. Heidelberger Kommentar*. Bearbeitet von Dr. Karl-Peter Julius. Heidelberg: C. F. Müller, 2009.

LIBARONA, Mariano Cúneo; GARRIDO, Augusto Nicolás; *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Directores ALMEYRA, Miguel Á; BÁEZ, Julio C., Coordinador Adrián R. Tellas. 1<sup>a</sup> edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.

LIPPKE, Richard L.; *Taming the Presumption of Innocence*. New York: Oxford University Press, 2016.

LISZT, Franz von; *Der Zwerckgedanke im Strafrecht (1882/1883)*, mit einer Einführung von Michael Köhler, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

LITTRÉ, Émile; *Dictionnaire de La Langue Française*. Tome 3. Paris: Jean-Jacques Pauvert Editeur, 1956.

LOPES, José Mouraz; *Garantia Judiciária no Processo Penal. Do Juiz e da da Instrução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

LOPES Jr., Aury; *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_ ; *Direito Processual Penal*. 11<sup>a</sup> edição. 4<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_; *Prisões Cautelares*. Lei n. 12.403/2011. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_; *Direito processual penal e sua conformidade com a Constituição*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

LOUREIRO, João Carlos; Magna(s) carta(s), constitucionalismo(s) e justiça(s): entre história(s) e prospectiva(s). Nos 800 anos da Magna Charta Libertatum. *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_; Pessoa, Dignidade e Cristianismo. *Ars Iudicandi. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 669-723.

LYRA, Roberto; *A Expressão mais simples do Direito Penal (Introdução e Parte Geral)*. Rio de Janeiro: Faculdades Integradas Estácio de Sá, 1976.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude; *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug und Untersuchungshaftvollzug*. Baden-Baden: Nomos, 2016.

LUCCHINI, Luigi; *Il Carcere Preventivo ed Il meccanismo istruttorio che vi si riferisce nel Processo Penale*. 2ª Edizione. Venezia: Ferdinando Ongania, 1873.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MAIA COSTA, Eduardo; *Código de Processo Penal Comentado*. Coimbra: Almedina, 2014.

MEIER; Bernd-Dieter; *Kriminologie*. 3., Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2007.

MAHLMANN, Matthias; *Menschenwürde in Politik, Ethik und Recht – universelle Fassade, kulturelle Relativität? Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Frank Saliger. Heidelberg: C. F. Müller, 2017.

MATT, Holger; *Die Würde des Menschen ist unantastbar – Rechtliche Folgen für wichtige Verteidigungsrechte in Deutschland und Europa. Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Frank Saliger. Heidelberg: C. F. Müller, 2017.

MAIA GONGALVES, M.; *Código de Processo Penal Anotado*, 17ª Edição, Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2009.

MAGARIÑOS, Mário; Garantías constitucionales del derecho procesal penal. *Summa Procesal Penal*. Director Pedro J. Bertolino. Tomo I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

Abeledo Perrot, 2013.

MANGOLDT, Hermann v.; KLEIN, Friedrich; STARK, Christian; *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*. Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19. München: Verlag Franz Vahlen GmbH, 1999.

MARQUES, José Frederico; *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. IV. 2ª edição atualizada. Campinas: Millenium, 2000.

MARQUES, Mário Reis; A dignidade humana: minimum invulnerável ou simples cláusula de Estilo? *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

\_\_\_\_\_; A dignidade humana como *prius* axiomático. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Volume IV. Organizadores: Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 2010.

MANNHEIM, Hermann; *Criminologia Comparada*, II volume, Tradução de J.F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

MANZINI, Vincenzo; *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. 6ª edizione. 3º Vol. Torino: UTET, 1970.

\_\_\_\_\_; *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tradución de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Tomo I. Buenos Aires: Librería ‘El Foro’, 1996.

MARQUARDT, Bernd; *Pensamento Jurídico*. N. 45. Enero-Julio. Bogotá. *El primer Código Penal sistemático de La Modernidad Temprana Europea: La Constitucio Criminalis Carolina de 1532.*, p. 15-60.

MAGARIÑOS, Mário; Garantías constitucionales del derecho procesal penal. *Summa Procesal Penal*. Director Pedro J. Bertolino. Tomo I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

MATOS, Erica do Amaral; Lawfare: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 161 – ano 27, p. 227-248. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; *Curso de Direitos Humanos*. 3ª edição. São Paulo: Método, 2016.

MESSANA, Maria Angela; “Riflessioni Storico-comparative in tema di Carcerazione Preventiva”, *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, Volume XLI,

Palumbo, 1991, Palermo, p. 63 e ss.

MAIA COSTA, Eduardo; Código de Processo Penal Comentado. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2016.

MAIER, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Parte General. Actos Procesales. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.

\_\_\_\_\_; *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

\_\_\_\_\_; Política criminal, derecho penal y derecho procesal penal. *Summa Procesal Penal*. Director Pedro J. Bertolino. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

\_\_\_\_\_; *Antología. El proceso penal contemporáneo. Límite temporal del encarcelamiento preventivo*. Lima: Palestra editores, 2008.

\_\_\_\_\_; Demokratischer Rechtsstaat, Strafrecht und Strafverfahren. *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Ulrich Sieber, Gerhard Dannecker, Urs Kindhäuser, Joachim Vogel und Tonio Walter. München: Carl Heymanns Verlag, 2008.

MACHADO MOURA, Rafael Osvaldo; SANTOS, Marcela Busnardo; Audiência de Custódia: ato processual juridicamente aceitável e útil? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 131. Ano 25. P. 367-399. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 2017.

MENDES, Paulo de Sousa; *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_; Os direitos e deveres do arguido. *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Sandanha Sanches. Vol. II. Direito Privado, Processual e Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MEDINA, Cecilia; *The American Convention on Human Rights. Crucial Rights and their Theory and Practice*. 2nd edition. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2016.

MEYER-LADEWIG, Jens; HARRENDORF, Stefan; KÖNIG, Stefan; *EMRK Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar*. 4. Auflage. Hrsg. Dr. Jens Meyer-Ladewig, Dr. Martin Netteschein und Stefan von Raumer. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2017.

MEYER-GOßNER, Lutz; *Strafprozessordnung*. 48., Auflage. Bech'liche Kurz Kommentar. München: Verlag C. H. München, 2005.

MESSANA, Maria Angela; Riflessioni Storico-comparative in tema di carcerazione

preventiva (a proposito di D.48,19,8,9 – Ulp.. 9 *De off. Proc.*). *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*. Volume XLI. Palermo: Palumbo, 1991.

MEINEN, Gero; *Untersuchungshaft*. In: *Handbuch zum Strafverfahren*. Org. Prof. Dr. Miachel Herhmanns und Prof. Dr. Dr. Uwe Scheffler. München: Verlag C.H. Bech München, 2008.

MELCHIOR, Antonio Pedro; A Teoria Crítica do Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 2017. n. 128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MINVIELLE, Bernadette; La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) y El enjuiciamiento Penal. *Summa Procesal Penal*. Director Pedro J. Bertolino. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui; *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª edição, revista, actualizada e ampliada, Coimbra Editora, 2010, p. 646 e ss.

MIRANDA, Jorge; *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1 Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; *Crítica à teoria geral do direito processual penal*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_; “Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 186, p. 103-116, 2009.

MITSOLEGAS, Valsamis; *EU Criminal Law After Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*. Oxford: Hart Publishing, 2016.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della; *Discurso sobre la dignidad del hombre*; Presentación Carlos Llano Cifuentes. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1 Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; *Crítica à teoria geral do direito processual penal*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_; “Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 186, p. 103-116, 2009.

\_\_\_\_\_; Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista da*



*Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba. A. 30. N. 30. 1998, p. 163-198.

\_\_\_\_\_; O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 11-13, jun. 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini; *Código de Processo Penal Interpretado*. Décima Primeira Edição. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Pontes de; *História e prática do habeas-corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)*. Tomo I. 8ª Edição. Saraiva: São Paulo, 1979.

MOLINA, António Garcia-Pablo; *Tratado de Criminologia (Introducción. Modelos teóricos explicativos de criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*. 2ª edición. Valencia: Tirante lo Blanch, 1999.

MODERNE, Franck; *La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les Constitutions portugaise et française. Perspectives Constitutionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MONTE, Mário Ferreira; Um olhar sobre o futuro do direito processual penal – razões para uma reflexão. *Que futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coord. Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Novera Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MONTEIRO, Fernando Conde; O problema da verdade em direito processual penal (considerações epistemológicas). *Que futuro para o direito processual penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coord. Mário Ferreira Monte. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MOREIRA, Vital, Constitucionalismo Supranacional – A União Europeia depois do Tratado de Lisboa, *In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*: vol. II: Constituição e Estado: entre teoria e dogmática, p.503-539. Boletim da Faculdade de Direito: *Studia Iuridica*, 2012.

MOSCARINI, Paolo; DI BITONTO, Maria Lucia; *Introduzione alla Procedura Penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018.

MOUTINHO, José Lobo; *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

MOURA RAMOS, Rui Manuel; A cidadania da União: caracterização, conteúdo e desenvolvimento. *Estudos de Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora,

2013.

\_\_\_\_\_; A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais. *Estudos de Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MORGENSTERN, Christine; *Die Untersuchungshaft*. Baden-baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2018.

MUELLER, Tim Nikolas; Preventive detention as a counter-terrorism instrument in Germany. *Crime, Law and Social Change. An interdisciplinary Journal*. Volume 62. Number 3. October 2014. (2014) 62:323-335, p. 323.

MÜNCHHALFFEN, Gaby; *Tendenzen in der neueren Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Untersuchungshaft in Wirtschaftsstrafverfahren*. In: Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002. Herausgegeben von Ernst-Walter Hanack, Hans Hilger, Volkmar Mehle und Gunter Widmaier. Berlin: Walter de Gruyter, 2002, p. 347-359.

MÜNCHHALFFEN, Gaby; GATZWEILER, Norbert; *Das Recht der Untersuchungshaft*. 2., Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2002.

MURDOCH, Jim; *Le traitement des détenus. Critères européens*. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, 2007.

NAPPI, Aniello; *Guida al Codice di Procedura Penale*. Decima edizione. Milano: Giuffrè editore, 2007.

NEGRI, Daniele; *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza; *Prisão e Liberdade*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_; Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade. As antíteses do Estado Democrático de Direito. *Revista dos Tribunais* n. 907/2011. abr./2011. São Paulo: RT, 2011.

NICOLITT, André; *Processo Penal Cautelar. Prisão e demais medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NIGRO, Michele; *Codice di Proceura Penale Comentado*. A cura di Angelo Giarda e Giorgio Spangher. Rozzano: IPSOA, 2007.

OBAMA, Barack; The President's Role in Advancing Criminal Justice Reform. *Harvard Law Review*. Volume 130. January 2017. Number 3.

OLMEDO, Jorge A. Clariá. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Nociones

Fundamentales. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_; O processo penal como dialética da incerteza. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009. Editora do Senado.

OLIVEIRA, Odete Maria de. As medidas de coacção no Novo Código de Processo Penal. *O Novo Código de Processo Penal*. CEJ. Coimbra: Almedina, 1991.

ORLANDI, Renzo; La reforma del proceso penale fra correzioni strutturali e tutela ‘progressiva’ dei diritti fondamentali, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 3 – Luglio-Settembre 2014, p. 1132 e ss.

OROÑO, Amílcar Salas; VOLLENWEIDER, Camila; CASTILLO, Javier Calderón; ESTER, Barbara; DAZA, Ava Gómez; TIRADO, Arentxa; SOJO, Giordana Garcia; *Lawfare: Guerra judicial y neoliberalismo em América Latina*. Sevilla: Mármol Izquierdo Editores, 2019.

PAEFFGEN, Hans-Ullrich; *SK-StPO. Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK*. Herausgegeben von Jürgen Wolter. Band II §§ 94-136a StPO. 5., Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2016.

\_\_\_\_\_; *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*. Berlin: Carl Heymanns Verlag KG, 1986.

PFEIFFER, Gerd; *Strafprozessordnung*. 5., Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2005.

PALMA, Maria Fernanda; O problema penal do processo penal. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004.

PALAO, Julio Banacloche; *La Libertad Personal y sus limitaciones*, S.A. McGraw-Hill / Interamericana De España, 1996.

PETERS, Karl; *Strafprozeß. Ein Lehrbuch*. Heilderber: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1985.

PEREIRA, Rui; “Entre o ‘Garantismo’ e o ‘Securitarismo’”. A Revisão de 2007 do Código de Processo Penal”, *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.

PEREIRA, R.; “Entre o ‘Garantismo’ e o ‘Securitarismo’ A revisão de 2007 do Código de

*Processo Penal*”, *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Justin-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé; JOSÉ RAMÓN PIÑOL RODRÍGUEZ; SPIEGELBERG, José Luis Seoane; *Derecho Procesal Penal*. Tercera edición. Navarra: Thomson Reuters, 2014.

PETTITI, Louis-Edmond; DECAUX, Emmanuel; IMBERT, Pierre-Henri; *La Convention Européenne des Droits de L’Homme*. Paris: Economica, 1999.

PERRON, Walter; “Perspectivas de la unificación del derecho penal y del derecho procesal penal en el marco de la Unión Europea”. *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Págs. 729-744. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2015.

PEREZ, Cristina Guerra; *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*. Valencia: tirant lo blanch, 2010.

PEZZATINI, Pompeo; *La Custodia Preventiva*. Milano: Dotta Giuffrè Editore, 1954.

PIOVESAN, Flávia; *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

POLIDORO, Donato; *Codice di Procedura Penale Comentato*. A cura di Alfredo Gaito. Quarta edizione. Torino: Utet Giuridica, 2012.

POLASTRI LIMA, Marcellus; *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

PROCACCIANTI, Teresa; *Codice di Procedura Penale Commentato*. A cura di Alfredo Gaito. Quarta edizione. Torino: Utet Giuridica, 2012.

PIQUEREZ, Gérard; *Traité de procédure pénale suisse*. Genève: Schulthess, 2006.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur; *A Constituição e o Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

PINTO, Ana Luisa; *A Celeridade no Processo Penal: o Direito à Decisão em Prazo Razoável*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PISANI, Mario; *Introduzione al processo penale*. Milano: Dott. A. Giurffrè Editore, 1988.

PIQUEREZ, Gérard; *Précis de Procédure Pénale Suisse*. Payot Lausanne: Précis et traités, 1987.

PRADO, Luiz Regis; *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

- PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi; *Prisão Preventiva. A contramão da modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PRADEL, Jean; Notas sobre as recentes reformas do Processo Penal em França, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8, Fasc. 1º, Janeiro-Março 1998, Coimbra Editora.
- PULITANÒ, Domenico; *Diritto penale. Settima edizione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.
- PUIG, Santiago Mir; *Derecho Penal Parte Geral*. 8º edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2008.
- \_\_\_\_\_; *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011.
- RAINEY, Bernadette; WICKS, Elizabeth; OVEY, Clare; *The European Convention on Human Rights*. 7<sup>th</sup> edition. Oxford: University Press, 2017.
- RAGUÉS, Ramon; Variationen zu dem gesamten Strafrechtssystem, *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, p. 185 e ss.
- RAMOS, Júlia Meneses da Cunha; Maternidade no cárcere: uma análise crítica sobre a prisão domiciliar e o habeas corpus n.º 143.641/SP. *Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará*. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp/biblioteca/revista-eletronica/revista-cademica/revista-2019-ano-xi-numero-2-semestral/>. Acesso: 25/12/2020.
- RANFT, Otfried; *Strafprozeßrecht. Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis*. 3., Auflage, 2005. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2005.
- RANGEL, Paulo; *Direito Processual Penal*. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. xlvii-xlix.
- RASSAT, Michèle-Laure; *Procédure pénale*. 3ª édition. Paris: ellipses, 2017.
- REALE, Miguel; As Diretrizes Fundamentais do Projeto do Código Civil. *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*. Série Cadernos do CEJ. Volume 20. CEF: Brasília, 2002.
- RICCIO, Giuseppe; DE CARO, Agostino; MAROTTA, Sergio; *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*. Napoli: Edizioni Schintifiche Italiane, 1991.
- ROBERT, Philippe; *La détention avant jugement. Deux siècles de débats législatifs (1789-1989)*. In: *Entre L'ordre et la liberté. La Détention Provisoire*. Paris: Editions L'Hermattan, 1992.

- ROBERTS, Julian; *Criminal Justice. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- RODRIGUES, Anabela Miranda; *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- \_\_\_\_\_; *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade. Seu fundamento e âmbito*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1982.
- \_\_\_\_\_; *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- \_\_\_\_\_; *Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Org. Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- \_\_\_\_\_; *A Globalização do Direito Penal – Da Pirâmide à Rede ou entre a Unificação e a Harmonização. Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- \_\_\_\_\_; *Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- \_\_\_\_\_; *A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no ‘admirável mundo novo’*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n. 4, Outubro-Novembro 2002, Coimbra, Coimbra Editora.
- RODRÍGUEZ, Javier Llobet; *Prisión Preventiva Límites Constitucionales 2ª*. Lima: Editora y Librería Jurídica, 2016.
- RODRÍGUEZ, José Ramón; *Derecho Procesal Penal*. Pamplona: Civitas, 2014.
- ROGEIRO, Nuno; *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- ROSAL, Manuel Cobo del; *Tratado de Derecho Procesal Penal Español*. Madrid: CESEJ, 2008.
- ROSA CORTINA, José Miguel de la; *Las Medidas Cautelares Personales en El Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 2015.
- ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd; *Strafverfahrensrecht*. 29.º Auflage. München: C.H.Beck, 2017.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Rev. por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Ediores del Puerto, 2003.
- ROXIN, Claus; ARZT, Gunter; TIEDEMANN, Klaus; *Introducción al Derecho Penal y al*

*Derecho Penal Procesal*. Versión española, nota y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1989.

RIBEIRO, Vinício, A.; *Código de Processo Penal, Notas e Comentários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

RUIVO, Marcelo Almeida; Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 137. Ano 25., p. 323-345. Nov. 2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SANDMEYER, Max; *Die Untersuchungshaft im schweizer. Strafprozessrecht*. Bern: Verlag von Stämpfli & Cie., 1909.

SANTANA, Cecília; Dos direitos do arguido no Processo Penal. *III Congresso de Processo Penal*. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina, 2007.

SANTOS SARAIVA, F. R dos; *Novíssimo Dicionário Latino-Português*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1993.

SANTOS, Cláudia Cruz; A “redescoberta” da vítima e o direito processual penal português. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Organizadores: Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Suzana Aires de Sousa. Volume III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1133-1153.

SANCHEZ BARRIOS, Maria Inmaculada; La prisión Provisional em España. Especial referencia a su procedimiento. In: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Org. Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SANGUINÉ, Odone; *Prisão Cautelar. Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANGUINETI, Luigi Maria; *Lezioni di Procedura Penale*. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

SANTOS, Marcel Ferreira; ÁVILA, Gustavo Noronha de; Encarceramento em Massa e Estado de Exceção: o julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental 347. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 2017. N. 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SANTOS, Cláudia Cruz; *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos; *Direito Penal. Parte Geral*. 4ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

- SATZGER, Helmut; *Europäisches Strafrecht*. Herausgegeben vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht durch Ulrich Sieber mit Franz-Hermann Brüner, Helmut Satzger, Bernd von Heintschel-Heinegg. Baden-Baden: Nomos, 2011.
- SCHABAS, William; *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford University Press, 2015.
- SCHÄDLER, Wolfram; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*. Herausgegeben von Rolf Hannich. 6., Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2008.
- SCHÄDLER, Wolfram; JAKOBS, Sebastian; *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*. Herausgegeben von Rolf Hannich. 6., Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2008.
- SCHORN, Hubert; *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*. Berlin-Spandau: Luchterhand, 1963.
- SCHULTHEIS, Ullrich; *Karlsruhe Kommentar zur Strafprozessordnung*. Herausgegeben von Rolf Hannich. 7., Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2013.
- SCHÜNEMANN, Bernd; *Wider Schweigespiralen im Strafprozess am Beispiel der elektronischen Fußfessel und der Erosion der richterlichen Unbefangenheit. Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Stephan Barton, Thomas Fischer, Matthias Jahn und Tido Park. München: C. H. Beck, 2018.
- \_\_\_\_\_; *Stichworte zum Vierten Paradigma des Strafverfahrens*. Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018. Herausgegeben von Ulrich Stein, Luís Greco, Christian Jäger und Jürgen Wolter. Berlin: Duncker & Humblot, 2018, p. 691-705.
- \_\_\_\_\_; *Strafprozessrecht und Strafprozessreform*. Berlin: De Gruyter, 2020.
- SCHULZE, Jan Peter; *Die Untersuchungshaftvollzugsgesetze der Länder im Vergleich*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2017.
- SCHWICHOW, Lennart von; *Die Menschenwürde in der EMRK*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian; VERREL, Torsten; *Strafprozessrecht*. 7., Auflage. München: C. H. Beck, 2017.



- SCHROEDER, Friedrich-Christian *Untersuchungshaft – Ein Gang durch die Grundprinzipien und die Geschichte des Strafprozesses. Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung.* 30. Jahrgang März 1990. Heft 3.
- SCHLOTHAUER, Reinhold; WEIDER, Hans-Joachim; NOBIS, Frank; *Untersuchungshaft mit Erläuterungen zu den UVollzG der Länder.* 5., Auflage. Heiderlberg: C.F. Müller, 2016.
- SCHULZE, Jan Peter. *Die Untersuchungshaftvollzugsgesetze der Länder im Vergleich.* Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2017.
- SEIDEL, Tabea Constance; *Die Anrechnung erlittener Untersuchungshaft auf die Freiheitsstrafe.* Historische Entwicklung und Rechtsnatur. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2004.
- SENDRA, Vicente Gimeno; *Derecho Procesal Penal.* Segunda Edición. Madrid: Editorial Aranzadi, 2015.
- SEEBODE, Mandred; *Der Vollzug der Untersuchungshaft.* Berlin: Walter de Gruyter, 1985.
- SOARES, António Lemos; Notas sobre os fundamentos históricos do processo penal português. *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português.* Coord. Mário Ferreira Monte. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich; *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung.* Berlin: Walter de Gruyter, 1998.
- STUMER, Andrew; *The Presumption of Innocence. Evidential and Human Rights Perspectives,* Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010.
- STUNTZ, William; The Political constitution of Criminal Justice. *Harvard Law Review.* 780 (2006). January 2003. 199. Number 3.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão).* 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- SILVA, Germano Marques da; *Direito Processual Penal Português. Noções Gerais. Sujeitos Processuais e Objecto.* Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.
- \_\_\_\_\_; *Curso de Processo Penal – Volume II, 5ª Edição, Verbo,* 2011.

- SILVA, Germano Marques da; SALINAS, Henrique; *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª edição. Org. Jorge Miranda e Rui Medeiros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- SIRACUSANE, D.; GALATI, A. TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E.; *Diritto Processuale Penale*. Volume Primo. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1996.
- STUMER, ANDREW; *The Presumption of Innocence. Evidential and Human Rights Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010.
- SIEPMAN, Sarah; *Die Entwicklung einer gesetzlichen Basis für das Recht der Untersuchungshaft auf Bundesund auf Landesebene (Das BayUVollzG)*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2012.
- SZNICK, Valdir. *Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária*. 2ª edição. São Paulo: EUD, 1995.
- TALEB, Akila; *Pre-trial Detention in the French and English Criminal Justice Systems: Towards a balance between security and liberty. Pre-trial Detention in 20th and 21st Century Common Law and Civil Law Systems*. Edited by Marion Charret-Del Bove and Fabrice Murlon. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2014.
- TAMUSCHAT, Christian; *Human Rights. Between Idealism and Realism*. Oxford: Oxford Press, 2014.
- TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*. 4. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003.
- THORNE, Samuel E.; “What Magna Carta Was”. *The Great Charter. Four essays on Magna Carta and The History of our Liberty*. New York: Pantheon Books, 1965.
- TOLEDO, Francisco de Assis; *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª edição. Saraiva: São Paulo, 2010.
- TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale. Sedicesima edizione*. Milano: Giuffrè Editore, 2015.
- \_\_\_\_\_; La carcerazione cautelares per gravi delitti: dalle logiche dell’allarme sociale alla gestione in chiave probatoria. *Le Fragili Garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*. Atti Del Convegno. Trento, 11-13 ottobre 2013. Milano: Giuffrè Editore, 2013.
- TOMÉ GARCÍA, José Antonio; *Curso de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 2016.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Volume 2. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_; *Manual de Processo Penal*. Prisão e Liberdade. Volume I. São Paulo: Freitas Bastos, 1963.

TORON, Alberto Zacharias; O direito de defesa na Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 24. Vol. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TORTOSA, Virgia Pujadas; *Teoría general de medidas cautelares penales, peligrosidad del imputado y protección del proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 33.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa; *Processo Penal 3*. 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_; *Processo Penal 1*. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRECHSEL, Stefan; *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

TULKENS, Françoise ; *La procédure pénale: grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux, Procès penal et droits de l'homme, Vers une conscience européenne*, directoin de Mireille Delmas-Marty, 1995.

UBERTIS, Gulio; *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*. 2 edizione. Milano: R. Cortina, 2009.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; *Processo Penal*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2004.

VALIANTE, Mario; *Il Nuovo Processo Penale. Principi Fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 1975.

VANDERMEERSCH, Damien ; La détention préventive de la personne présumée innocente et la privation de liberté de l'étranger, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Palais de Justice, Bruxelles, Juin, 2015.

VALLEJO, Manuel Jaén; La Presuncion de Inocencia. *Summa Procesal Penal*. Director Pedro J. Bertolino. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

VAN KEMPEN, P.H.P.H.M.C.; *Pre-Trial Detention. Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2012.

VAN KALMTHOUT, A. M.; KNAPEN, M. M.; MORGENSTERN, C.; *Pre-trial Detention in the European Union*. Nijmegen: Wolf Legal Publisches, 2009.

VERMEULEN, Ben; BATTJES, Hemme; *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Fifth Edition. Antwerp: Intersentia, 2018.

VILELA, Alexandra; *Considerações acerca da presunção de inocência em direito*

*processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

VILAR, Silvia Barona; *Proceso Penal desde la historia. Desde su origen has la sociedad global del miedo*. Valencia: tirant lo blanch, 2017.

VITALE, Gustavo L.; *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

VIGANÒ, Francesco; La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fasc. 4 – Ottobre-Dicembre 2012. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 1334-1363.

VOGLER, Richard; FOULADVAND, Shahrzad; Standards for making factual determinations in arrest and pre-trial detention: a comparative analysis of law and practice. *Comparative Criminal Procedure*. Edited by Jacqueline R. Ross and Stephen C. Thaman. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

VUOLO, Mike; Incorporating consensus and conflict into the legitimacy of law. *Crime, Law and Social Change*. Na Interdisciplinary Journal (Volume 62, Number 2, September 2014). Berlin: Springer Editor, 2014.

WEIGEND, Thomas; *Zur Reichweite der Unschuldsvermutung*. In: Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018. Herausgegeben von Ulrich Stein, Luís Greco, Christian Jäger und Jürgen Wolter. Berlin: Duncker & Humblot, 2018, p. 739-755.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción del alemán por el Dr. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WESSLAU, Edda; Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess. *Streitbare Strafrechtswissenschaft*. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag. Berlin: De Gruyter, 2014.

WYNGAERT, Chris Van den; *Strafrecht, Strafprocessrecht & International Strafrecht*. Antwerpen/Apeldoorn: Hoofdlijnen Maklu, 2006.

WOLF, Lara; *Die Fluchtprognose im Untersuchungshaftrecht. Eine empirische Untersuchung der Fluchtgefahr nach § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017.

WOHLERS, Wolfgang; *Die Bedeutung der Wahrheit für das Strafverfahren. Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Frank Saliger. Heidelberg: C. F. Müller, 2017.

WÜRTENBERGER, Thomas; *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte Geral*. 2ª edición. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZACCHÈ, Francesco; *Criterio di necessità e misure cautelari personali*. Milano: Giuffrè Editore, 2018.