



JULIANA PORTO VIEIRA

PRISÃO PREVENTIVA SOB A ÉGIDE DO GARANTISMO PENAL: UM
COMPARATIVO LUSO-BRASILEIRO

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO- CRIMINAIS

COIMBRA, SETEMBRO DE 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Juliana Porto Vieira

PRISÃO PREVENTIVA SOB A ÉGIDE DO GARANTISMO PENAL: UM COMPARATIVO LUSO-BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientador: Professor Doutor Manuel Costa Andrade

Coimbra
2014

Juliana Porto Vieira

PRISÃO PREVENTIVA SOB A ÉGIDE DO GARANTISMO PENAL: UM COMPARATIVO LUSO-BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

Data da defesa: _____

Resultado: _____

Banca Examinadora

Professor Doutor Manuel Costa Andrade
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Examinador 1
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Examinador 2
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Coimbra
2014

AGRADECIMENTOS

Agradecer o apoio, os incentivos recebidos, a paciência que muitos tiveram nas minhas ausências, para mim, não é uma tarefa tão simples. Não pelo fato de ter que citar nomes ou de dizer obrigada a todos, mas por não ter palavras para expressar o tamanho da minha gratidão a todos aqueles que contribuíram para a realização desse sonho, pois sem o apoio destes eu não teria conseguido chegar ao final deste trabalho.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por nunca ter me desamparado, por me dar força interior para superar as dificuldades, por ter me colocado em seus braços e ter me carregado nos momentos em que pensei em desistir, por mostrar os caminhos nas horas incertas e me suprir em todas as minhas necessidades.

Aos meus pais, Irai e Carlos, por sempre acreditarem nos meus sonhos, que, mesmo distantes, estiveram sempre comigo, apoiando-me, amando-me incondicionalmente e acreditando em meu potencial. Mãe, Pai eu amo vocês!

Ao meu esposo Bráulio, que me ensinou que amar é deixarmos quem amamos buscar seus sonhos e termos paciência na espera, pois o amor “tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta (1 Coríntios 13:7)”.

Aos meus irmãos, Henrique, Cris, Léo e suas respectivas famílias, pelo companheirismo e amizade.

Aos meus familiares, em especial a minha Tia Yara, por sempre estar ao meu lado em todos os momentos de minha vida.

Ao meu orientador Professor Doutor Manuel Costa Andrade, pelos ensinamentos e por confiar em mim; e à Professora Doutora Maria João Antunes, pela paciência em explicar todas as minhas dúvidas que tive durante a pesquisa.

À minha sócia, amiga, irmã que Deus me deu, Giovanna Gonçalves, pois mesmo sabendo de todos os meus defeitos sempre foi minha maior cúmplice.

A meu braço direito Isabela Gonçalves, meu eterno obrigada pelos momentos que pude compartilhar ao seu lado em Coimbra, seja na espera do 7T, nas caminhadas até a universidade, nas visitas diárias a Zara (ah, éramos quase sócias), nas nossas conversas até de madrugada, em todos os momentos de alegria e de tristeza. Minha querida amiga, Coimbra não seria a mesma sem você ao meu lado.

A Daniella Aloise e João Silva, obrigada por sempre estarem ao meu lado. Vocês, sem dúvidas, foram os maiores presente que recebi das terras lusitanas.

À minha família Coimbrese, Filipe, Estela, Thalita, Tiago, Camilla, Aninha, Marcinha, Patrícia, Cássia entre tantos outros, que estarão sempre presentes em meu coração.

Às minhas amigas e meus amigos Lari, Samara, Ellen, Armanda, Mari, Beto, que mesmo do Brasil me incentivaram.

E a todos que entenderam minhas ausências, aceitaram minhas omissões, compartilharam de minhas lágrimas e sorrisos, dividimos, agora, o mérito desta conquista. As alegrias de hoje também são suas, pois seu amor, estímulo e carinho foram armas desta vitória.

RESUMO

O tema objeto desta investigação dedica-se a analisar a viabilidade da prisão preventiva sob a égide do garantismo penal. Faz breve comparação entre o sistema processual penal lusitano e o brasileiro, já que a matéria, no Brasil, não responde satisfatoriamente ao garantismo penal devido à sua aplicação exacerbada e autoritária, na maioria das vezes, pelo Poder Estatal. Analisa os cardinais questionamentos em torno da prisão preventiva em Portugal e principalmente no Brasil, onde sua utilização ocorre de modo extremista, e consequentemente desajustada da ordem constitucional vigente; investigar juridicamente os modelos luso e brasileiro, a fim de adaptá-lo à realidade do sistema brasileiro. Avalia a duração da medida cautelar e sugere possíveis mudanças normativas. Ressalta a notória importância da aplicação da prisão preventiva, desde que esta esteja em devida consonância com os princípios e garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, estreitando-se os laços com o garantismo penal.

Palavras-chave: Processo Penal. Prisão Preventiva. Garantismo Penal. Portugal. Brasil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS	10
1 Os princípios constitucionais como norteadores do sistema processual penal	10
1.1 Gênese (considerações iniciais)	10
1.2 Princípio da presunção de inocência	14
1.3 Princípio da proporcionalidade	19
2 Os Sistemas Processuais	21
2.1 Sistema Inquisitivo	23
2.2 Sistema Acusatório	24
2.3 Sistema misto	26
2.4 O Sistema aplicado no ordenamento português	26
2.5 O Sistema aplicado no ordenamento brasileiro	28
3 Teoria do Garantismo Penal e Sua Aplicabilidade	30
3.1 Dos fundamentos	32
3.2 Finalidades	41
3.3 Garantismo e o Estado de Direito	43
CAPÍTULO II DA PRISÃO PREVENTIVA	45
4 Prisão preventiva	45
4.1 Noções	45
4.2 Fundamentos gerais	48
4.2.1 <i>Fundamentos da prisão preventiva em Portugal</i>	51
4.2.2 <i>Fundamentos da prisão preventiva no Brasil</i>	54
4.3 Aplicação	60
4.4 Efeitos	67
CAPÍTULO III UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS PRISÕES PREVENTIVAS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS LUSO E BRASILEIRO E SUAS POSSÍVEIS ALTERAÇÕES	72
5 Da análise	72
6 Das possíveis alterações	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

O objeto da presente investigação tem por propósito analisar a viabilidade da prisão preventiva sob a égide do garantismo penal, buscando fazer breve comparação entre o sistema processual penal lusitano e o brasileiro, já que a matéria, no Brasil, não responde satisfatoriamente ao garantismo penal devido à sua aplicação exacerbada e autoritária, na maioria das vezes, pelo Poder Estatal.

A partir desse ponto de vista, o objetivo geral do tema compreende a relevância da Prisão Preventiva, entendendo que esta medida, não poderá ser tratada como uma pena sobreposta antecipadamente ao trânsito em julgado, mas, sim, como uma medida cautelar, sendo cabível durante a fase investigatória da persecução penal.

Através de uma abordagem acerca do confronto de alguns princípios basilares, apontam-se os objetivos específicos do tema, quais sejam: analisar os cardinais questionamentos em torno da prisão preventiva em Portugal e principalmente no Brasil, onde sua utilização ocorre de modo extremista e, conseqüentemente, desajustado à ordem constitucional vigente; investigar juridicamente os modelos luso e brasileiro a fim de adaptá-lo à realidade do sistema brasileiro; avaliar a duração dessa medida cautelar e sugerir possíveis mudanças normativas.

A escolha do tema partiu de duas constatações fáticas: 1) a grande quantidade de pessoas encarceradas preventivamente à espera de um julgamento; 2) as atuais normas brasileiras referentes às prisões preventivas têm se mostrado ineficientes à tutela de direitos fundamentais da coletividade.

Na investigação do tema em análise, utiliza-se o método científico dedutivo, partindo de uma análise geral do tema, para uma particular, na tentativa de fornecer embasamento teórico sobre o assunto e, *a posteriori*, entender melhor suas peculiaridades, consultando-se doutrina, jurisprudência, legislação, normas, regras e princípios. Também é utilizado o método hermenêutico, que auxiliará na análise das várias facetas do regramento jurídico relacionado à matéria em foco, bem como os métodos analítico e conceitual, para uma adequada compreensão dos diversos aspectos tratados.

A dissertação compreende três capítulos, incluindo a presente introdução que disserta sobre as motivações, necessidades e objetivos de realizá-la.

No primeiro capítulo, analisam-se os direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, com enfoque no princípio da presunção de inocência e no princípio da proporcionalidade, bem como se observarão os axiomas do garantismo penal e sua relação com o Estado de Direito, apresentando a importância dos conceitos e evoluções históricas, para que haja melhor compreensão dos assuntos que se seguem.

No segundo capítulo, são examinados noções e fundamentos da prisão preventiva, analisando sua aplicação e seus efeitos diante da função que é estabelecida pelas normas processuais penais, bem como será demonstrada a sua importância para a persecução penal. Analisam-se as normas aplicadas nos dois ordenamentos jurídicos, examinando, pontualmente, como se procede à execução das prisões preventivas em Portugal e no Brasil, fazendo um comparativo entre os sistemas processuais penais.

De modo conclusivo apresenta-se, no terceiro capítulo, um contrafacto dos ordenamentos com as garantias fundamentais, procurando viabilizar uma possível mudança na legislação luso e brasileira para dar à prisão preventiva a sua verdadeira efetividade.

Por fim, restou evidenciado a notória importância da aplicação da prisão preventiva, desde que esta esteja em devida consonância com os princípios e garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, estreitando-se os laços com o garantismo penal.

CAPÍTULO I

DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1 Os princípios constitucionais como norteadores do sistema processual penal

Princípios são os fundamentos que servem como bases para determinada legislação, estando estes sempre presentes, de forma expressa ou implícita, implicando em diretrizes para todos que elaboram, aplicam e interpretam as normas por estes fundamentadas. Para Canotilho os “princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as travesmestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político¹”. Nesse sentido, “os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas²”, inclusive as penais.

1.1 Gênese (considerações iniciais)

O surgimento dos direitos fundamentais está intrinsecamente vinculado ao movimento de limitação dos poderes estatais, o constitucionalismo. Para entendermos melhor o surgimento dos direitos fundamentais, é preciso conhecer a relação existente entre esses dois institutos.

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são considerados direitos históricos, oriundos de determinadas circunstâncias e das lutas contra o poder, contra a opressão, contra atos de violação, gradativamente, isto é, não surgiram todos no mesmo momento, mas sim quando existiram condições favoráveis, quando se passa a reconhecer a sua necessidade para garantir a cada indivíduo e à sociedade um existência digna³.

Em sua obra, Vieira de Andrade traz uma evolução histórica dos direitos fundamentais no período dos Estados Liberais e Sociais. Partindo do ponto que os direitos,

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1173.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 96.

³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-6.

na sua concepção natural, “são absolutos, imutáveis e intemporais”, inerentes à dignidade humana, foram estabelecidos por um “núcleo restrito” posto a todo e qualquer ordenamento jurídico⁴. Assim, com a mutação histórica e a constante evolução, os direitos fundamentais foram divididos em dimensões.

Os primeiros direitos a serem positivados, chamados de primeira dimensão, nascem da Revolução Americana de 1776 e da Revolução Francesa de 1789, envolvendo o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Destarte, torna-se evidente a busca por proteger o indivíduo diante do Estado⁵.

Tais declarações permitiram o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social, como aduz o doutrinador Comparato: “As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração Francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas⁶”.

Buscando viabilizar a materialização desses direitos e assegurar sua tutela jurisdicional, a Declaração de Virgínia e a Declaração Francesa, orientam que antes de qualquer organização política, os homens possuem direitos naturais inalienáveis e sagrados. O reconhecimento desses direitos passou a determiná-los como fundamentais, considerada uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental⁷.

Os direitos de segunda dimensão são referentes à prestação positiva estatal, de modo que os direitos sociais, econômicos e culturais, baseados no princípio da igualdade, são almejados através da prestação de serviços estatais, primando pela diminuição das desigualdades sociais. Sendo assim, ao contrário dos direitos de primeira dimensão, os de segunda não buscam uma abstenção estatal, mas uma atuação positiva do Estado.

Surge nesse período a consciência no indivíduo de que também é necessária a proteção da instituição, almejando uma maior valoração da realidade social, tornando, assim, o Estado um agente de grande importância para concretização dos direitos fundamentais.

⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Almedina: Coimbra, 2012, p. 19.

⁵ *Ibidem*, p. 21.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 65.

⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.

Os direitos da terceira dimensão, ao contrário dos anteriores, não estão relacionados ao homem individualmente, e, também não, a determinada classe social. Tais direitos estão direcionados ao destino da humanidade, pressupondo a solidariedade, a paz, ao meio ambiente, à qualidade de vida, ao desenvolvimento e ao respeito ao consumidor, à preservação do patrimônio histórico-cultural. A terceira dimensão busca contribuir de forma sólida para o nascimento de uma consciência jurídica coletiva, isto é, os direitos difusos.

Referente à quarta dimensão, o jurista Bonavides⁸ afirma que estes foram oriundos da globalização política na esfera da normatividade jurídica, voltados à positivação do direito à democracia, à informação e ao pluralismo. “Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

Por fim, observa-se que o processo de reconhecimento das dimensões dos direitos fundamentais é de natureza essencialmente dinâmica e dialética, marcada por progressos, retrocessos e refutações, porém sua concepção inicial está vinculada ao jusnaturalismo. É imprescindível destacar que “os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou agressões a bens fundamentais e elementares do ser humano”. As distintas dimensões que indicam o desenvolvimento do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais evidenciam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável⁹.

Dessa mutação, surge a necessidade e conseqüentemente nasce um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, proveniente da soberana vontade popular. Assim, a ideia de direitos fundamentais surgiu primeiro que o constitucionalismo, como afirma Moraes¹⁰.

Nos dizeres de Canotilho, o constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. ver. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 53-54.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3.

de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo"¹¹.

O constitucionalismo surgiu como movimento ideológico e político para extinguir o absolutismo monárquico e constituir cláusulas jurídicas racionais limitadoras ao poder estatal e a seus cidadãos.

A designação “fundamentais”, segundo Queiroz, nasce a partir da Constituição alemã de 1848. O fato de serem rotulados como “fundamentais” guardava a ideia de que haviam sido reconhecidos pelo Estado e não, criados por este. Os direitos eram, na verdade, apresentados como antecedentes ao Estado, não podendo tal ente dispor dos mesmos¹².

Definido por Vieira de Andrade, os direitos fundamentais são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade. Afirma, ainda, que os direitos fundamentais, trata-se de uma composição complexa possuindo dois conteúdos, sendo um principal resguardando as garantias “específicas” e outro instrumental que compreenderia outras “faculdades e deveres”¹³.

Nessa mesma senda, acerca da expressão “direitos fundamentais”, Sarlet assevera que o constituinte brasileiro se orientou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição portuguesa de 1976, rompendo, de certa maneira, com toda uma “tradição em nosso direito constitucional positivo”¹⁴.

Os direitos fundamentais possuem um papel democrático, dado que o exercício da democracia do poder se concretiza através da contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício, incluem-se na livre participação estabelecida em importantes garantias para a liberdade desse exercício¹⁵.

O reconhecimento de um direito fundamental, pela constituição, seja de forma expressa ou subentendida, tem como consequência posicioná-lo no topo da hierarquia das escolhas públicas, gerando, assim, a ideia que o interesse ou valor por ele resguardado

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 45-46.

¹² QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 26.

¹³ ANDRADE, 2012, p. 108 e 183.

¹⁴ SARLET, 2009, p. 28.

¹⁵ CANOTILHO, 2003, p. 417-420.

deve sobressair-se sobre os demais interesses que não sejam agasalhados como direitos fundamentais¹⁶.

Ora, essa busca do fundamento para justificar o que gostaríamos que fosse adotado por todos gera na sociedade a ilusão de um pensamento absoluto, isto é, surge uma ideia que existe uma razão e um argumento irresistível ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão, como observa Bobbio¹⁷.

É importante salientar que os direitos fundamentais não são apenas uma ferramenta para limitar a pretensão parlamentar, mas qualquer maioria que se manifeste dentro do sistema político, por mais qualificada que seja.

Por fim, podemos dizer que os direitos fundamentais é a expressão usualmente empregada por constitucionalistas para instituir o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional¹⁸. Nesse pensamento Villalon¹⁹ afirma que os direitos fundamentais nascem e morrem com as Constituições.

1.2 Princípio da presunção de inocência

Uma das primeiras notícias do princípio da presunção de inocência foi apresentada por Beccaria, em 1764, quando afirmou que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo”. Beccaria passou a defender este pensamento em busca de afastar os tratamentos cruéis e degradantes que eram praticados aos acusados em busca de suas confissões²⁰.

O princípio da presunção de inocência do arguido foi positivado pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 (artigo 9.º,

¹⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46.

¹⁷ BOBBIO, 1992, p. 16.

¹⁸ VIEIRA, op. cit., p. 36.

¹⁹ VILLALON, P. C. Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 25, p. 41-2, 1989 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 31.

²⁰ BECCARIA, Cesare (1764). *Dos Delitos e das Penas*. 3. ed. rev. da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 50.

n.º 2): “Sendo todo o homem presumido inocente até ser declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, deve ser severamente punido pela lei todo o excesso de rigor desnecessário para dispor da sua pessoa”.

Posteriormente, no século XIX, este princípio sofre grande rechaça pela Escola Positiva Italiana, defendida por Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, que consideraram “vazio”, “absurdo” e “ilógico” o procedimento da presunção de inocência. Mas, foi Vincenzo Manzini que condenou o procedimento como sendo um estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês, o considerando irracional²¹.

Baseado por tais ideologias fascistas o Código Rocco rechaçou a presunção de inocência, passando a não considerar a liberdade individual um direito preeminente, mas sim uma concessão do Estado acordada no interesse da coletividade.

Essa concepção acabou por ser uma forte influência para o Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, ainda vigente, que possui a ação repressiva do estado como seu principal propósito.

Em contrapartida, outros textos internacionais reafirmaram o princípio da presunção de inocência apresentada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, em 22 de maio de 1948 e em seguida no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas, em 10 de dezembro do ano de 1948.

Mais tarde, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em 1950, menciona sobre a presunção de inocência em seu artigo 6.º, n.º 2 da CEDH: “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

A busca pela consolidação de tal princípio se fez necessária, pois, este surgiu como uma maneira de impedir que inocentes sejam condenados, sendo, assim, uma regra para a forma de tratamento do arguido durante a persecução penal, pois os seus direitos devem ser respeitados. Figueiredo Dias²² assevera que o princípio da presunção de inocência é elevado à categoria dos “princípios fundamentais do processo penal em qualquer estado de direito”.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de trecho por Fauzi Hassan Choukr. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 507.

²² DIAS, Jorge e Figueiredo. O defensor e as declarações do arguido na instrução preparatória. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 18, p. 85 e ss., 1987.

Mesmo com os primeiros indícios em 1789 o princípio da presunção de inocência não obteve ainda a abrangência máxima de eficácia necessária de um princípio que se encontra solidamente abalizada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar de o princípio ter sido proclamado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, para o Brasil o princípio da presunção de inocência não ocupava o ambiente processual, de maneira que a prisão era uma regra e a liberdade, a exceção. E, apenas com a Constituição Federal de 1988 passou a integrar no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, alguns teóricos brasileiros²³ afirmam que, conforme o inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna brasileira, há de se questionar a terminologia “presunção de inocência”, pois o dispositivo declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Logo, a terminologia correta seria o princípio da “não culpabilidade”.

Todavia, tal distinção não deve prosperar, pois a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, o qual o Brasil ratificou, prevê em seu artigo 8º que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

A Comissão das Comunidades Europeias, em 2006, buscando homogeneizar o que vem a ser presunção de inocência, elabora o Livro Verde onde destaca o significado deste princípio diante das garantias relativas às provas.

As orientações relativas aos elementos constitutivos da presunção de inocência, segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH”), é que somente os acusados de uma ação penal podem beneficiar-se. De modo que, “os arguidos devem ser tratados como inocentes até que o Estado, através das autoridades responsáveis pela acção penal, reúna elementos de prova suficientes para convencer um tribunal independente e imparcial da sua culpabilidade”. Ora, o órgão jurisdicional não pode, antes de efetivamente comprovar a culpabilidade do arguido, o declarar como culpado²⁴.

No que se refere a este princípio a Constituição da República Portuguesa em seu artigo 32º nº 2 dispõe que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado

²³ Júlio Fabbrini Mirabete e Paulo Rangel são alguns dos autores que defendem tal pensamento em suas obras: *Processo Penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 23 e *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 24, respectivamente.

²⁴ COMISSÃO CE. *A presunção de inocência* [documento eletrônico]: livro verde (apresentado pela Comissão). Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias, 2006, p. 5.

da decisão de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Isto é, somente por meio da produção de prova clara e certa por parte do Ministério Público é que se pode compor sentença acusatória contra o arguido, seguida de uma determinada sanção penal.

O Livro Verde traz, ainda, que “um arguido não deve ser detido preventivamente exceto por razões imperiosas. Se uma pessoa for sujeita a prisão preventiva, deve beneficiar de condições de detenção compatíveis com a sua inocência presumida²⁵”.

A presunção de inocência, de imediato, não nasce com o escopo de antecipação do resultado do processo criminal, de fato representa um princípio geral do direito processual penal, cuja finalidade é, basicamente, assegurar ao acusado um processo justo e equilibrado.

Analisando de forma prática, a adoção do princípio da presunção de inocência trouxe consequências para o processo penal, principalmente referente ao ônus da prova. Posto que, do princípio resulta a regra que atribui ao órgão de acusação o ônus de provar a presença de todos os elementos indispensáveis à responsabilização do réu.

Germano Marques afirma que neste princípio é dever do Ministério Público comprovar todas as provas de que disponha, sejam estas favoráveis ou não ao arguido. Para o autor, a presunção de inocência “há-de projectar-se no processo penal em geral, na organização e funcionamento dos tribunais, no direito penitenciário e até porventura no direito penal²⁶”.

Nessa perspectiva, restando alguma dúvida no contexto fático do processo, esta deverá ser em benefício do réu. Pode-se dizer, então, que o princípio do *in dubio pro reo* é derivado da presunção de inocência²⁷.

De maneira objetiva e simples, o princípio *in dubio pro reo* refere que em qualquer estado de dúvida razoável sobre a responsabilidade penal do arguido, o magistrado deve sempre decidir-se pela sua absolvição. Para Castanheira Neves²⁸, o princípio do *in dubio pro reo* existe de maneira a atender duas obrigações derivadas do

²⁵ COMISSÃO CE, 2006, p. 5.

²⁶ SILVA, Germano Marques da. Princípios gerais do processo penal e constituição da república portuguesa. *Direito e justiça*, v. III, p. 164 e SS., 1987-1988.

²⁷ Figueiredo Dias assevera que é errôneo falar de ônus da prova a cargo do MP, de maneira que a absolvição por falta de prova não é consequência do ônus da prova, mas sim da intervenção do princípio do *in dubio pro reo* (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, Coimbra: Secção de Textos da Faculdade de Direito, Lições coligidas por Maria João Antunes, 1988-9, p. 145).

²⁸ NEVES, António Castanheira. *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*. Coimbra: edição policopiada, 1967-1968, p. 52-56.

próprio andamento processual penal; primeiro, o magistrado ao apurar a responsabilidade do arguido deve pôr fim ao processo criminal emitindo uma sentença final, seja ela absolutória ou condenatória. Em segundo lugar, é inadmissível, no processo penal “uma condenação penal em que não se tenha “convencido” o réu da sua efetiva responsabilidade e culpabilidade”.

Figueiredo Dias²⁹ sintetiza que o princípio *in dubio pro reo* pode ser observado como um corolário do mais amplo do princípio da presunção de inocência do arguido, sendo, por fim, o oposto processual do princípio penal da culpa. Assim, não pode incidir sobre o réu um ônus probatório sendo “a não comprovação de qualquer facto relevante para efeito de aplicação de sanção ou a sua demonstração incompleta deve impreterivelmente resolver-se a favor do arguido³⁰”.

Outra consequência prática do princípio da presunção de inocência é a forma como o arguido deve ser tratado durante o processo penal. De maneira que o Estado não poderá impor qualquer restrição pessoal apenas fundamentando-se na possibilidade de uma condenação futura.

Gomes Filho³¹ pontua que tal princípio serve como parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal. De modo que não se admita o encarceramento automático sem a verificação do *periculum libertatis*.

A orientação do Tribunal Constitucional português é que o princípio da presunção de inocência, além de ser uma regra válida em matéria probatória, implica na condição do arguido, de maneira que qualquer ônus ou restrição de direito que represente numa antecipação da condenação seja ilegítima³².

Por fim, o princípio da presunção de inocência constitui uma verdadeira “pilastra de todo e qualquer Estado Democrático de Direito³³” e conseqüentemente uma matriz para a compreensão do sistema processual penal, requerendo, não apenas um compromisso técnico, mas também, um compromisso ético com o modelo utilizável.

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Edição 1974, reimpressão 2004. Coimbra: Coimbra Editora, p. 217.

³⁰ *Ibid.*, p. 122

³¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e Prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37 e 65.

³² VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 69-72.

³³ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 67.

1.3 Princípio da proporcionalidade

Inicialmente é importante destacar as diferenças existentes entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, embora a doutrina e a jurisprudência costumem fazer uma relação de fungibilidade entre ambos os princípios.

Adotando o sentido técnico-jurídico, é possível perceber que a proporcionalidade não é sinônimo de razoabilidade. Sabe-se que na linguagem leiga tais termos guardam a mesma relação, contudo no discurso jurídico quando há aplicação do princípio da proporcionalidade ou do princípio da razoabilidade não se pode consentir a confusão entre os mesmos.

Afonso da Silva assevera que “a regra da proporcionalidade, contudo, diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura³⁴”.

Tais princípios possuem como finalidade o controle da atividade legislativa e da executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos. Ainda que possuam objetivos semelhantes, isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos³⁵.

Enquanto o princípio da razoabilidade teve sua raiz inglesa, o princípio da proporcionalidade possui raízes na Europa continental, mais propriamente na Alemanha. A jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão determinou uma estrutura racional para o emprego do princípio da proporcionalidade, repartindo-o em subprincípios independentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e determinando o emprego dos mesmos de forma autônoma e em ordem predefinida.

Ávila diferencia os princípios de maneira que a aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim; já a razoabilidade não faz referência a uma relação de causalidade entre o meio utilizado e o fim almejado³⁶.

Esses princípios nasceram com a mesma necessidade: limitar o exercício estatal em prol de salvaguarda dos direitos fundamentais. Entretanto, o emprego da razoabilidade é mais restrito, ao contrário do princípio da proporcionalidade, que abrange as exigências de seus subprincípios.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, n. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 29, abr. 2002.

³⁵ *Ibid.*, p. 28.

³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

Segundo Alexy, a aplicação da proporcionalidade é deduzível de três regras que estruturam o discurso do operador, sendo essas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito³⁷.

Por adequação, entende-se que há uma imposição de que a providência escolhida pelo Poder Público deve ser apta à consecução ou, ao menos, à fomentação do objetivo pretendido. Compõe, pois, em avaliar a existência de uma relação da medida adotada e o fim, posto que o meio empregado deva ser adequado a fomentar a finalidade constitucionalmente legítima que a justifica. Beccaria já afirmava que deveria existir uma escala graduada correspondente de penas em que se graduassem da mais dura a menos dura³⁸.

O subprincípio da máxima da necessidade, por seu turno, determina que o Estado deva optar que, dentre dois meios aproximadamente adequados para atingir determinado fim, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso no direito fundamental atingido³⁹.

Por fim, a terceira regra é a da proporcionalidade em sentido estrito, que tem como escopo determinar que os atos estatais devam ser avaliados sob a relação custo-benefício, de maneira que uma norma de direito fundamental colidindo com um princípio antagônico, deverá haver, para a realização jurídica dessa norma, um sopesamento⁴⁰, ou seja, deve ser demonstrado que o benefício proporcionado é superior ao ônus imposto.

Por outro lado, Reis Novais afirma que há no princípio da proporcionalidade um quarto subprincípio – a razoabilidade – tendo este como finalidade “complementação” da proporcionalidade em sentido estrito⁴¹.

Para Bonavides, o critério da proporcionalidade é um eficaz mecanismo de apoio às decisões do poder judiciário, que, após as reflexões pró e contra e a análise da ausência de exceção na relação entre os meios e os fins, concretizam a necessidade do ato decisório⁴².

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 111-112.

³⁸ BECCARIA, 2006, p. 32.

³⁹ ALEXY, op. cit., p. 113-114.

⁴⁰ Ibid., p. 112.

⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 180-190.

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 423.

Em Portugal, Canotilho⁴³ define o princípio da proporcionalidade como um “princípio controle” ou de “justa medida” exercido pelos tribunais. De maneira que os meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o escopo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. Logo, entende-se como um princípio normativo concreto de ordem constitucional portuguesa, postulado nos artigos 18º,2; 19º,4; 266º e 272º,2 da Constituição da República Portuguesa⁴⁴.

No Brasil, não há previsão constitucional expressa do princípio da proporcionalidade, sendo este um princípio implícito. Como assenta Mendes, seguindo decisão do Supremo Tribunal Federal⁴⁵, tal princípio, autônomo, teria sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal Brasileira)⁴⁶.

Por fim, resta claro que o princípio da proporcionalidade é, de certa maneira, uma imposição de limites, principalmente ao legislador, que deve seguir certos critérios na elaboração das normas, para que estas estejam de acordo com a estrutura constitucional do país.

2 Os Sistemas Processuais

Partindo de uma análise quanto aos pontos de semelhança entre as várias relações, podemos unificá-las, de acordo com determinados critérios, em espécies de bolsões que nada mais serão do que sistemas.

Segundo entendimento, Tércio Sampaio, em sua obra *Conceito de Sistema no Direito*, assim define sistema: “O estudo etimológico indica que o termo *systema* tem

⁴³ CANOTILHO, 2003. p. 268-271.

⁴⁴ Nos dispositivos 18, n.º 2, e 266, n.º 2 trata das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias fundamentais, devem restringir-se ao necessário, onde o dispositivo 266 está vinculado à Lei de Revisão Constitucional n.º 1/89, de modo que a proporcionalidade é considerada como princípio material constitutivo da administração pública; o dispositivo 19, n.º 4 trata da proporcionalidade na expansão e nos meios utilizados, diante da decretação do estado de emergência e do estado de sítio, nos lindes do estritamente necessário ao restabelecimento da normalidade constitucional; e, por fim, o dispositivo 272, n.º 1 princípios da tipicidade e da necessidade das medidas de polícia, também prevista na legislação e em seus limites.

⁴⁵ BRASIL. *Constituição Federativa do Brasil*. ADI 855, RTJ, 152/455 e s. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1238784.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363.

origem grega e deriva de *synistemi*, que significa o composto, o construído, sendo que, no decorrer da história da humanidade, seu uso continuado configurou uma acepção mais restrita, que faz referência à noção de ordem, organização e modelo⁴⁷.

O conceito de sistema deve ser compreendido como conjunto composto de normas e princípios basilares que lhe dão forma. Kant define: “Sistema é a unidade de conhecimentos diversos sob uma mesma ideia. O todo é, portanto, um sistema organizado e não um conjunto desordenado; pode crescer internamente, mas não externamente, tal como corpo de um animal cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas, sem alterar a proporção, torna cada um deles mais forte e mais apropriado aos seus fins⁴⁸”.

Coutinho, por sua vez, aponta os sistemas como um “conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim⁴⁹”.

Dessa forma, os nossos sistemas processuais penais são criados diante da unificação de elementos que se vinculam em torno de uma premissa. Devido à classificação entre os sistemas processuais penais, é permitida uma abordagem comparativa, admitindo-se desse modo um estudo aprofundado acerca dos sistemas.

Esses elementos, segundo Andrade, são divididos em elementos fixos e elementos variáveis. Os elementos fixos são considerados imprescindíveis aos sistemas jurídicos, como sendo a “base axiológica” destes, posto que qualquer alteração que ocorra nesse núcleo provocará a necessária extinção do sistema jurídico original, e o nascimento de outros sistemas jurídicos diferentes do anterior. Já os elementos variáveis participam de vários sistemas jurídicos distintos ou mesmo de nenhum deles, sem que esses sistemas deixem de existir⁵⁰.

Dessa forma, a diferenciação desses elementos ajuda os investigadores a não fazerem conclusões descompassadas, devido estarem partindo de um ponto equivocado.

Contudo, não há mais um sistema processual penal puro, ou seja, da forma como foram concebidos. Tanto o sistema inquisitório quanto o acusatório surgiram a lume, como se tem ciência, por razões políticas. Outras, de ordem teológica, econômica, filosófica e

⁴⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 9.

⁴⁸ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 657.

⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16-17.

⁵⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 31.

jurídica, foram altamente proeminentes, entretanto, decididamente secundárias ou, pelo menos, sempre estiveram submissas àquelas políticas.

Como exemplo tem-se o Código de Napoleão 1808 (Code d'Instruction Criminelle), que se pode considerar como um marco histórico do ingresso desses sistemas nos ordenamentos jurídicos dos países europeus, prevendo a divisão do ordenamento em duas fases, sendo uma inquisitorial e outra acusatorial.

2.1 Sistema Inquisitivo

O sistema inquisitório tem suas origens no Direito Romano, por influência da organização política do império, pois, consentia ao juiz iniciar o processo *ex officio*. Operou na Idade Média, durante o século XII até o século XVII, perante o contexto histórico da época, pois, nessa época existia a necessidade de afastar a repressão criminal dos acusadores privados e se disseminou por todo o continente europeu a partir do século XV, perante a influência do Direito Penal da Igreja Católica.

Conforme Lopes JR., no decurso do século XIII foi criado o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica⁵¹.

Tudo se solidificou com uma Bula de Gregório IX (Ex Excomuniamus), de 1231, de onde se esboça a estrutura técnica – e com a Bula Ad extirpanda, de Inocêncio IV, em 1254, pela qual se instaurou o espaço definitivo para os procedimentos utilizados na Inquisição⁵².

O processo normalmente era escrito e sigiloso e se desenvolvia em etapas por impulso oficial, tendo a confissão⁵³ como elemento suficiente para a condenação, tolerando-se a prática de tortura etc.

O procedimento inquisitorial era baseado no *Manual dos Inquisidores*, do catalão Nicolau Eymerich, que relata o modelo inquisitório do Direito Canônico. Tal manual descreve que o processo poderia ser iniciado mediante uma acusação informal, denúncia

⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 168.

⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, p. 105, jul./set. 2009.

⁵³ A confissão era tida como a rainha das provas. DIAS, 1974, p. 62.

ou por meio da investigação conduzida pelo inquisidor. A confissão era a prova máxima do sistema inquisitivo; dessa forma a prisão era uma regra, porque, assim, o acusado ficava à disposição do inquisidor para torturá-lo até alcançar a pretendida confissão.

Sendo assim, o inquisidor instituía a hipótese acusatória, de forma secreta, e procurava os fundamentos probatórios que a comprovassem. Dessa maneira, inclusive os mortos que fossem denunciados por heresia poderiam ser processados e, caso fossem condenados, a pena incidia sobre seus filhos, sendo estes considerados infames e privados de qualquer privilégio.

Germano Marques relata que o processo inquisitório, nasceu com o aparecimento do absolutismo, de maneira que sua estrutura é baseada na busca da verdade e pela defesa da sociedade, sendo esta última mais importante que a garantia da pessoa do acusado⁵⁴, tratando, assim, o acusado como um objeto da perseguição e não como sujeito de direitos⁵⁵.

A principal característica desse sistema é a concentração das funções – acusação, defesa e julgamento – numa só pessoa ou órgão. De modo que o magistrado iniciava, de ofício, a investigação, tendo como finalidade a busca por uma veracidade histórica, não importando os meios e os modos empregados para execução de tal mister. Nessa linha, o envolturamento do julgador na apuração fática acarretaria, invariavelmente, a consignação de juízos antecipados que dificilmente seriam suplantados, mesmo que as partes processuais conseguissem êxito em contrariá-lo. O mesmo já estaria contaminado, de tal forma que a própria equidistância necessária e indispensável, condição esta para um julgamento justo, já estaria comprometida.

2.2 Sistema Acusatório

Fundamentado no direito romano, o Sistema Acusatório surge na Inglaterra durante o reinado de Henrique II, entre os anos de 1154 e 1181⁵⁶. Esse sistema teve como um dos principais fundamentos a valorização da igualdade entre as partes, sobrepondo-se a eles, como órgão imparcial de aplicação da lei, como uma espécie de juiz.

⁵⁴ SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 6. ed. ed. rev. e atual. Lisboa: Verbo, 2010, p.73. v. I.

⁵⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 40.

⁵⁶ COUTINHO, 2009, p. 106.

Em princípio, aqueles que se sentissem prejudicados poderiam, através de petições, reclamar ao rei; estas eram “recebidas e decididas pelo *Lord Chancellor* e, em nome do rei, emitia ordens escritas (*writ*) aos representantes reais (locais), ditos *sherif*”. Mas em 1166 foi criado *Trial By Jury* – possuindo um *Grand Jury*, composto por 23 cidadãos e um *Petty Jury* composto por 12 membros – onde ocorria um julgamento popular dividido em duas fases, uma responsável por admitir a acusação e outra por aplicar o direito material ao caso. O representante real, equivalente ao juiz-presidente, “não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa⁵⁷”.

Ferrajoli explica que acusatório é todo sistema processual que tem o juiz como sujeito imparcial separado das partes, tendo, assim, um julgamento como um debate paritário. Este é iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, tendo, em seguida, o contraditório público e oral, sendo, por fim, decidido pelo juiz com embasamento na sua livre convicção⁵⁸.

O sistema acusatório, para Germano Marques, procura equidade de poderes de atuação processual entre a acusação e a defesa, deixando o magistrado independente, responsável, apenas, na apreciação do caso que lhe é apresentado pela acusação.

Costa Pimenta assevera que o princípio do acusatório possui duas versões deônticas, sendo uma forte e outra fraca. A primeira afirma que é proibida ao tribunal a introdução de “frases” substantivas que fazem parte da previsão das “normas incriminadoras”, dos “factos instrumentais” e que este não possa tomar iniciativa na obtenção de “frases probatórias”. Já no que se refere à deôntica fraca, admite que o tribunal fundamente suas sentenças com “frases referentes a novos factos instrumentais que ele próprio introduz e/ou com base em frases probatórias que ele próprio toma iniciativa de colher”. Esta segunda versão é também chamada de princípio acusatório mitigado ou “com princípio da investigação⁵⁹”.

⁵⁷ COUTINHO, 2009, p.106-107.

⁵⁸ FERRAJOLI, 2014, p. 519 e 520.

⁵⁹ PIMENTA, José da Costa. *Processo penal: sistema e princípios*. Lisboa: Livr. Petrony, D. L., 2003, p. 235.

2.3 Sistema misto

Após a Revolução Francesa surge o sistema misto, aplicado no direito contemporâneo, que, ao contrário do que alguns pensam, o sistema acusatório não é a mera soma dos dois sistemas puros, até porque tais sistemas possuem estruturas opostas.

Os sistemas são mistos, fundamentalmente, porque em sendo sistemas geridos pelo princípio inquisitivo, têm anexados a si elementos oriundos do sistema acusatório⁶⁰. De maneira que a primeira fase deste sistema consiste na instrução preliminar, tocada pelo juiz e claramente inquisitiva. Já na segunda fase, marcada por característica acusatorial, tem, no momento judicial, a acusação realizada por órgão distinto do que irá executar o julgamento.

Entende-se que o sistema misto, não obstante ser um avanço diante do sistema inquisitivo, não seria o sistema ideal, pois ainda mantém o juiz à frente da captação de provas, mesmo que na fase preliminar à acusação.

2.4 O Sistema aplicado no ordenamento português

A Constituição da República Portuguesa em seu artigo 32º, n.º 5 dispõe que “o processo criminal tem estrutura acusatória”. Entretanto, faz bem salientar que a estrutura acusatória é integrada pelo princípio da investigação, como veremos adiante.

Com fundamentos na busca pela verdade real e na pretensão punitiva do Estado, surge no processo penal uma “fase de instrução preparatória – em princípio de caráter escrito e secreto⁶¹”. Há, nessa fase, uma atribuição ao magistrado de uma “quase total discricionariedade cognitiva dentro do tema que lhe seja proposto pela acusação”.

Figueiredo Dias afirma, ainda, que o sistema processual penal português não se trata de um sistema acusatório mitigado, ou mesmo de um sistema misto, mas sim, de um sistema acusatório com o princípio da investigação, através do qual se pretende manifestar o “poder-dever que ao tribunal pertence de esclarecer e instruir autonomamente – i. é

⁶⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *O Novo Processo Penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 8.

⁶¹ DIAS, 2004, p. 57.

independentemente das contribuições da acusação e da defesa – o facto sujeito a julgamento, criando ele próprio as bases necessárias à sua decisão⁶²”.

Por outro lado, Costa Pimenta afirma que o sistema processual penal português caracteriza-se pela versão fraca do princípio acusatório, pois admite o tribunal utilizar “frases relativas a novos fatos instrumentais (artigo 358º) e frases probatórias produzidas oficiosamente – até contra a vontade da acusação e da defesa (artigo 340º 1 e 2)” – princípio da investigação⁶³.

Tal princípio da investigação é caracterizado por um juiz que intervém ativamente na formação e compilação de provas, não existindo espaço para um magistrado “passivo, impávido e sereno”, que fique apenas presenciando o “duelo judiciário entre a acusação e a defesa, que esgrimem as suas <<armas>>⁶⁴”.

Definindo a figura do juiz, Figueiredo Dias assegura que, na fase processual, seja a instrução ou o julgamento, este atua como entidade exclusivamente competente para praticar, ordenar e autorizar determinados atos, os quais se revelam em ataques a direitos, liberdade e garantias constitucionalmente protegidos. Tais atos refletem o princípio do monopólio da função jurisdicional e do juiz natural, de maneira que o juiz assume a posição de dominus de uma fase⁶⁵.

Entretanto, não obstante a sua função ativa na persecução penal, o magistrado deve agir com independência e imparcialidade, para atingir as finalidades, próprias do processo, de descoberta da verdade e realização da justiça⁶⁶, devendo, então, integrar a estrutura acusatória por um princípio de investigação, não podendo deixar nas mãos das partes.

Alguns teóricos⁶⁷, equivocadamente, afirmam que no fato de o magistrado exercer a investigação há uma ofensa ao princípio da igualdade de armas no processo penal português. Entretanto, não há o que se falar em paridade de armas – eis que o processo

⁶² DIAS, 2004, p. 71-72.

⁶³ PIMENTA, 2003, p. 236.

⁶⁴ Ibid., p. 251.

⁶⁵ DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 15-16.

⁶⁶ Ibid., p. 22.

⁶⁷ PIMENTA, op. cit. e PATRÍCIO, Rui. *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português*. Lisboa: AAFDL, 2004.

penal português não está dividido em partes – como explica Maria João Antunes⁶⁸, de maneira que o Ministério Público atua na busca pela verdade real, não estando este vinculado apenas às provas de acusação, mas, também, às provas relativas à defesa do arguido, atuando, assim, em ambos os polos.

Todavia, a igualdade de armas processuais, nos ensinamentos de Figueiredo Dias, deve ser mantida no “contexto mais amplo da estrutura lógico-material global da acusação e da defesa em sua dialética⁶⁹”.

Por fim, é importante frisar que, mesmo com a intervenção do magistrado na colheita de provas, o sistema adotado pelo ordenamento jurídico português é o acusatório⁷⁰, uma vez que não há qualquer possibilidade de este manipular o processo que lhe é proposto pela acusação, tendo o princípio da investigação um caráter subsidiário; como também, temos na figura do arguido um sujeito de direito e não um mero objeto da persecução penal.

2.5 O Sistema aplicado no ordenamento brasileiro

No Brasil, a titularidade da ação penal pública é assegurada ao Ministério Público, conforme é contemplado pelo art. 129, I, da Constituição Federal, que possui o seguinte texto: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]”.

De acordo com o dispositivo citado, podemos ver que o sistema é essencialmente acusatorial. Logo, o Ministério Público será responsável pela persecução penal, afastando do juiz quaisquer funções de natureza probatória pré-processual, ou seja, investigatórias.

Nessa ordem de ideia, o processo deverá ser iniciado pela acusação, com todo o aparato do Estado, já posicionado de forma parcial, e deverá ser formado pelo contraditório

⁶⁸ ANTUNES, Maria João. O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção. In: LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1264.

⁶⁹ DIAS, 1995, p. 30.

⁷⁰ Se analisarmos o artigo 348 do Código de Processo Penal português veremos que a estrutura do processo penal português é típico de estrutura acusatória, pois as testemunhas são interrogadas por quem as indicou e não por intermédio do juiz. No processo penal português anterior, que era inquisitório, se fosse apresentada uma testemunha a inquirição era por intermédio do magistrado.

e igualdade das partes, principalmente na distribuição do ônus probatório, o qual deveria seguir as mesmas linhas de isonomia.

Não se trata de a Carta Magna vedar a iniciativa probatória do magistrado na determinação de diligências necessárias à averiguação dos fatos indispensáveis à formação do seu livre convencimento motivado. O que se veda, na verdade, é a instauração de ofício da demanda penal pelo próprio Poder Judiciário ou a análise da conveniência e oportunidade de sua instauração por este poder, uma vez que essa é a função constitucional do Ministério Público.

No entanto, se analisarmos a fundo o sistema processual brasileiro, encontrar-se-ão vários resquícios inquisitoriais, como, por exemplo, o art. 156 do Código de Processo Penal português em seu inciso I – onde o magistrado poderá determinar a realização de provas de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal – ou seja, a produção de provas pelo magistrado, no molde inquisitório, distorce a função do juiz de maneira a comprometer a imparcialidade do mesmo, no exercício da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, afirma Denílson Feitoza que “culturalmente, o sistema inquisitivo domina claramente no Brasil. O juiz brasileiro pode de ofício, ou seja, sem qualquer requerimento ‘das partes’: determinar a produção de provas em geral, seja durante a investigação criminal ou processo penal, como busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental etc.; requisitar instauração de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP); decretar prisão preventiva (art. 311, CPP)⁷¹”.

Diante desta situação, há doutrinadores que entendem que o sistema adotado no Brasil não poderia ser o acusatório, mas o misto, devido à grande presença de características inquisitorial⁷². Já Prado afirma que prevalece no Brasil a “teoria da aparência acusatória”, posto que, apesar de a Carta Magna brasileira adotar o sistema acusatório, esse é mitigado em sua aplicação.

Por fim, deve-se lembrar de que o modelo constitucional brasileiro é de 1988 e o Código de Processo Penal brasileiro é de 1941, tendo, ainda, várias interpretações fundadas nos preceitos fascistas. Logo, com esta influência é ilusório afirmar que o Sistema Processual Penal no Brasil é acusatório puro.

⁷¹ PACHECO, Denílson Feitosa. *Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis*. 4. ed. Niterói: Editora Impetus. 2006, p. 49.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 149 e BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62.

3 Teoria do Garantismo Penal e sua aplicabilidade

A expressão “garantismo” remete de certa maneira o leitor ao século XVIII, no qual esta refletia uma doutrina voltada à limitação da liberalidade potestativa do magistrado. Atualmente, tal expressão possui uso corrente nas principais línguas neolatinas, principalmente no que se refere ao sistema de segurança social, à procura de salvaguardar os sujeitos mais fracos.

Conceituando a palavra garantir, encontrar-se-á o sentido de assegurar, proteger, tutelar algo e quando relacionada ao âmbito jurídico, encontra-se o garantismo relacionado à proteção dos direitos individuais.

Abellán afirma que o direito garantista estabelece “instrumentos” para a defesa dos direitos dos indivíduos diante da agressão por parte de outros indivíduos e, acima de tudo, por parte do poder estatal, possuindo como fim o estabelecimento de limites ao poder do Estado, minimizando, assim, suas ameaças⁷³.

É importante frisar que, diante de tantos países em que transgressões aos direitos fundamentais individuais foram predominantes, durante determinados períodos, autoritários⁷⁴, a exemplo de Portugal, Espanha, Alemanha, Itália e Brasil, surge a necessidade de uma teoria que se amolde a um Estado Constitucional de Direito, não só no que se refere a uma posição legalista, mas também vinculada a uma política antiautoritária e garantista.

Baseado nesta necessidade, já presente em Montesquieu⁷⁵ e em Beccaria⁷⁶, e fundamentado na ideia iluminista e liberal, Ferrajoli desenvolve sua obra *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale (1989)* apresentando dicotomias entre a liberdade dos indivíduos e o poder estatal.

⁷³ ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, p. 21.

⁷⁴ “El garantismo se opone, pues, al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho, propugnando, frente al primero, la democracia sustancial y, frente al segundo, el principio de legalidad [...]” (ABELLÁN, 2005, p. 22).

⁷⁵ Montesquieu já trazia a ideia de que era necessária a existência de um freio com o intuito de limitar o poder autoritário e seus abusos (MONTESQUIEU, Charles. *O espírito das leis*. Cap. III. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2014).

⁷⁶ Beccaria defendia uma reestrutura do sistema penal, de maneira que a legislação era a única cura para os males da sociedade (BECCARIA, 2006).

Diante deste plano, a teoria garantista nasce através de um meio de direito preocupado com as feições formais e substanciais para que o direito seja válido, com o escopo de resgatar, de maneira efetiva, os sujeitos de direito e todos os direitos fundamentais existentes.

Procurando definir de uma maneira mais clara, Ferrajoli apresentou o conceito do “garantismo” sob três óticas, porém conexas entre si:

a) Modelo normativo de direito

Caracterizado como um sistema de poder mínimo que possui como limite os direitos fundamentais, através de uma máxima liberdade do indivíduo e de uma mínima arbitrariedade estatal – o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de Direito⁷⁷.

Tal concepção propõe uma reestruturação da democracia estando diretamente relacionada ao cumprimento das cláusulas do Estado Social.

b) Teoria jurídica

Parte da concepção clássica de validade, vigência e eficácia da norma jurídica, propondo um juspositivismo crítico, diante do juspositivismo dogmático. Nesse sentido, a palavra garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito⁷⁸. Destarte, o garantismo penal é um exemplo de teoria normativa e realista, concomitantemente.

c) Filosofia política

Por fim, o terceiro significado do garantismo está relacionado a uma filosofia política que impõe ao direito e ao Estado a obrigação da justificação externa conforme os bens e nos interesses cuja tutela ou garantia constituem finalidade. Sendo assim, concebe ao Estado a ideia de instrumento legitimado para garantir os direitos fundamentais.

Essas três significados delimitam, exatamente, os elementos teóricos do garantismo, sendo estes, o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor, produzidas pelos desníveis das normas e certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e certo grau irredutível da ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.

⁷⁷ FERRAJOLI, 2014, p. 786.

⁷⁸ FERRAJOLI, loc. cit.

Estes elementos não valem apenas para o direito penal, mas também para outros setores do ordenamento⁷⁹.

Não é difícil perceber a necessidade de minimalização da corrupção subjacente ao sistema punitivo, sendo provável alcançá-la com a execução de uma teoria com alicerces comprometidos com a devesa inexorável dos valores humanitários inscritos na Constituição Federal e Pactos Internacionais de Proteção à Pessoa Humana⁸⁰.

Preocupado com a ideia de garantismo, Coelho Neto procura deixar claro que o direito garantista não se trata apenas de um direito liberal, muito menos um direito “contrário à incriminação de condutas ou à proteção de direitos fundamentais supraindividuais”, mas sim de uma teoria voltada à “proteção e promoção” dos direitos fundamentais⁸¹.

Sem preconizar o absoluto banimento do direito de punir, a teoria garantista propõe a formação de um modelo para sua justificação e, simultaneamente, para deslegitimação, não do próprio sistema penal, mas de algumas normas e práticas penais e processuais penais concretas.

3.1 Dos fundamentos

Amparada numa instrução garantística, a execução de um modelo garantista está fundada no respeito aos direitos do Homem. Surge desse modelo a incumbência de assegurar às classes menos favorecidas, tornando, assim, a jurisdição um “contrapoder”. Entretanto, de maneira oposta, exhibe o mesmo contorno do poder tradicionalmente considerado.

Por conseguinte, as garantias penais e processuais penais são, de certa maneira, técnicas de minimização do poder institucionalizado; outrossim, são estas garantias que consentem um controle da legalidade e reprimem o autoritarismo.

⁷⁹ FERRAJOLI, 2014, p. 788.

⁸⁰ DALABRIDA, Sidney Eloy. *Prisão Preventiva - Uma Análise à Luz do Garantismo Penal*. 1. ed. 6. reimpr. Paraná: Juruá editora, p. 21.

⁸¹ COELHO NETO, José Ferreira. Uma (re) leitura do garantismo penal à luz da proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais. *Revista da Unicorp*, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ano 1, n. 1, Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, p. 294, abr. 2011.

Logo, o desempenho prático dessas garantias é fundamentado por uma independência em relação aos poderes do Estado e, por outro lado, por uma cultura que sensibilize para os direitos civis e políticos, em especial em relação aos mais desfavorecidos.

Ferrajoli deixa claro que todo o esquema epistemológico por ele apresentado e o modelo penal garantista que nele se informa possuem como defeito basilar, o de corresponder a um modelo limite, largamente idealista, “porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável”. Nesse mesmo sentido, o autor afirma que “o juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptarem perfeitamente a ela⁸²”.

Diante de tal observação, apesar de ser um modelo utópico, o modelo garantista deve ser empregado como referencial de racionalidade pelos Estados Democráticos de Direito, de maneira que suas Constituições tenham como parâmetro o garantismo. Logo, o modelo pode ser utilizado, ademais, como critério de valoração do grau de validade ou legitimidade de nossas instituições penais e processuais penais, e de seu funcionamento concreto⁸³.

A Teoria do Garantismo Penal, assim como qualquer outra, é fundamentada em princípios concretos, tendo como cardeais os princípios da estrita legalidade⁸⁴, da presunção de inocência, da estrita jurisdicionariedade⁸⁵, materialidade e lesividade dos delitos, do contraditório entre as partes, dentre outros. Em síntese, os princípios adotados pelo sistema garantista estão sempre voltados a resguardar os direitos humanos e fundamentais, principalmente no que se refere à liberdade, estabelecendo, assim, limites ao direito-dever de punir do Estado face ao cidadão.

Nesse sentido, Ferrajoli delimita, de forma teórica, a teoria do garantismo penal em 10 princípios fundamentais, que chama de axiomas, sendo estes vitais para a compreensão da teoria. Insta salientar que o jurista italiano utiliza 11 (onze) termos na formulação desses princípios, quais sejam: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. De maneira que cada um desses termos,

⁸² FERRAJOLI, 2014, p. 42.

⁸³ Ibid., p. 44.

⁸⁴ Ibid., p. 37-38.

⁸⁵ Ibid., p. 40.

exceto o primeiro, designa uma condição necessária para atribuição da pena dentro do modelo penal que ele mesmo concorre em definir⁸⁶.

Os axiomas, assim como o sistema penal garantista, são um modelo-limite; de modo que, como expõe Ferrajoli, são “apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável⁸⁷”. Sendo assim, não devem ser considerados como sistemas penais que efetivamente satisfaçam, mas sim como sistemas que devam satisfazer.

É importante frisar que a axiomatização do sistema é composta por axiomas não deriváveis entre si⁸⁸, ou seja, existe uma interdependência que os une e são considerados inerentes aos sistemas penais dos modernos Estados Democráticos de Direito; de tal modo que a ausência de qualquer um desses axiomas enseja o surgimento de alguma forma de regime autoritário, e todos os direitos que lhes são intrinsecamente relacionados serão prejudicados.

Eis a relação dos 10 axiomas de Ferrajoli (2014, p. 91):

“A1 Nulla poena sine crimine” (princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito);

“A2 Nullum crimen sine lege” (princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito);

“A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate” (princípio da necessidade ou da economia do direito penal);

“A4 Nulla necessitas sine injuria” (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento);

“A5 Nulla injuria sine actione” (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação);

“A6 Nulla actio sine culpa” (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal);

“A7 Nulla culpa sine judicio” (princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito);

“A8 Nullum judicium sine accusatione” (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação);

⁸⁶ FERRAJOLI, 2014, p. 89-90.

⁸⁷ Ibid., p. 91.

⁸⁸ FERRAJOLI, loc. cit.

“A9 *Nulla accusatio sine probatione*” (princípio do ônus da prova ou da verificação);

“A10 *Nulla probatio sine defensione*” (princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade).

Tais axiomas não exprimem proposições assertivas, mas proposições prescritivas, ou seja, não narram o que ocorre, mas indicam o que possivelmente deverá ocorrer. Enfim, “não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa⁸⁹”.

Apesar de serem conexos, esses princípios são subdivididos em três prismas, também conhecidos como três fases, são eles: princípio da pena, do delito e do processo.

- a) Princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito

O primeiro princípio, chamado de *Nulla Poena Sine Crimine*, traduzido como não há pena sem crime, traz de maneira clara sua relação com o princípio da retributividade da pena, estando intrinsecamente conectada em uma das finalidades da pena, legitimada, sua aplicação, pela ideia de que a justiça deve retribuir ao infrator da lei um mal proporcional ao mal que o infrator pratica na sociedade.

Para Hart este princípio faz parte da consequência do delito, sendo um critério para distribuição e de aplicação das penas. De modo que a pena deve ser considerada uma sanção retributiva e não uma medida preventiva⁹⁰.

- b) Princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito

No segundo princípio, denominado de *Nullum crimen sine lege*, traduzido no princípio da legalidade; tendo nesse como um dos princípios mais relevantes para o ordenamento jurídico. Tal princípio traz a ideia que é, por completo, inviável se planejar a condenação de alguém e a imposição de respectiva penalidade se não houver expressa previsão legal, preservando esta à devida compatibilidade com o sistema constitucional vigente.

⁸⁹ FERRAJOLI, 2014, p. 90.

⁹⁰ HART *apud* FERRAJOLI, *Ibid.*, p. 339.

Ferrajoli assevera que se trata de uma regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, fundando que somente as leis (e não também a moral ou outras fontes externas) expõem o que é delito e que as leis tão-somente dizem o que é delito (e não também o que é pecado)⁹¹.

O citado autor menciona, ainda, o princípio da legalidade no sentido lato e no sentido estrito. De modo que, de maneira ampla, ou também chamada de mera legalidade, exige que todos os pressupostos da punição sejam previamente estabelecidos por lei, a fim de que o juiz esteja vinculado a tal legislação, não podendo emitir nenhum juízo de valor autônomo⁹². Ou seja, essa primeira acepção do princípio da legalidade possui um caráter excepcionalmente formal.

Já no que se refere à segunda acepção, também intitulado de princípio da estrita legalidade, possui contornos substanciais, operando conforme a fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate, sine damno*, exigindo, assim, que a norma incriminadora poderá, apenas, sancionar condutas que acarretem resultados lesivos, como também, esteja presente uma vinculação subjetiva do indivíduo com o fato, dentre outras condicionantes. Sendo assim, o legislador, em princípio, só deverá criar leis que estejam em conformidade com o Estado Democrático de Direito, observando, assim, as garantias materiais.

É ululante que no processo penal o réu seja o mais fraco, e um dos pontos do garantismo é a busca por essa proteção, criando freios e limites ao poder de punir, primando sempre pela liberdade⁹³.

Assim, este axioma tem na legalidade a legitimação jurídica formal, como forma de fiscalizar a vigência das normas produzidas, e material, no que se refere ao fato de as normas estarem condicionadas à tutela dos direitos fundamentais.

c) Princípio da necessidade ou da economia do direito penal

Partindo da ideia iluminista, este princípio evidencia que a sanção penal só deverá ser aplicada diante da necessidade, partindo da premissa que, dentre as admissíveis, deve-se aplicar a menos gravosa; tendo, assim, uma íntima ligação com o princípio da

⁹¹ FERRAJOLI, 2014, p. 344.

⁹² Ibid., p. 346.

⁹³ GRUPO DO ATIVISMO JUDICIAL. *Os fundamentos teóricos e práticos do garantismo no STF*. Ano I, n. 1, 2009. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_GAT%2001.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2014.

proporcionalidade, eis que considera a convicção da punição, ainda que leve, um estímulo coercitivo mais enérgico do que previsão de severas penas⁹⁴.

Fundamentado nesse axioma, Carvalho manifesta que a pena é um “instrumento político de negação da vingança; um limite ao poder punitivo; o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua inexistência”⁹⁵.

Ferrajoli elucida este terceiro axioma partindo da premissa de “como punir”, asseverando que as medidas postas pelo legislador deverão estar vinculadas à proporcionalidade dos delitos e das penas, com base na hierarquia dos bens e dos interesses eleitos por ele como merecedores de tutela⁹⁶. O citado autor, unificando pensamentos de Montesquieu, Beccaria, Carmignani, entre outros, defende que a pena deve ser necessária e mínima dentre as possíveis em relação ao objetivo da prevenção de novos delitos⁹⁷.

Destarte, esse princípio está vinculado à lesividade do fato, uma vez que condutas que não ofendam bens jurídicos penalmente relevantes não devem ser criminalizadas, podendo tais infrações desnecessárias ser tratadas em outras modalidades de direitos.

Pinheiro repisa que este princípio, também denominado de intervenção mínima, traz ao Direito Penal a característica de *ultima ratio*, devendo este só atuar quando os demais ramos do direito não forem suficientes para proteger os bens jurídicos mais relevantes⁹⁸.

d) Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento

Este quarto axioma está intrinsecamente atrelado ao citado anteriormente, de tal modo que a necessidade da incidência normativa só deverá se fazer presente quando a conduta do autor acarretar lesões a bens de terceiro⁹⁹.

Ao punir certos fatos o Estado deve observar e levar em conta as possíveis consequências que pode causar à sociedade, bem como o grau da mesma¹⁰⁰. De forma que somente os efeitos lesivos podem justificar o custo das penas e proibições.

⁹⁴ ALMEIDA, Débora de Souza de. A Teoria do Garantismo Penal em questão: o olhar anti-inquisitorial da axiologia de Luigi Ferrajoli. *Revista Bonijuris*, ano XXIII, n. 569, v. 23, n. 4, p. 32, abr. 2011.

⁹⁵ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 148.

⁹⁶ FERRAJOLI, 2014, p. 361.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 363

⁹⁸ PINHEIRO, Bruno. *Teoria geral do delito*. Rio de Janeiro: Elsevier editora, 2009, p. 20 e ss.

⁹⁹ Reiterando o que fora dito por Montesquieu, Beccaria afirmava que todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico (BECCARIA, 2006, p. 22).

Partindo desse juízo Ferrajoli¹⁰¹ se opõe veementemente à tipificação de crimes de perigo abstrato; entretanto, aceita a criminalização de condutas concretamente perigosas, mesmo as que não cheguem a provocar danos efetivos.

Nessa senda, não se justifica a criminalização de condutas que não ofendam bens jurídicos penalmente relevantes; sendo assim, não deve existir punição para cogitação e até mesmo alguns atos meramente preparatórios, desde que esses não cheguem a lesionar o direito de terceiros¹⁰².

Enfim, o princípio da lesividade procura minimizar a aplicação do direito penal, tendo nesse um remédio extremo. Nessa linha de raciocínio, deve-se primar pela despenalização de contravenções, delitos de desobediência, deixando a cargo do direito penal somente as penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, evitando etiquetamentos desnecessários¹⁰³.

e) Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação

Partindo da premissa que a lesão a um bem jurídico protegido deve decorrer de uma conduta humana, o princípio da materialidade afirma que o direito penal deve somente ocupar-se com resultados lesivos que sejam ocasionados pela ação do homem.

Ferrajoli explica que o delito não pode consistir em atitudes ou estados de ânimos interiores, muito menos, genericamente, em fatos, senão que devem se solidificar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis – passíveis de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal¹⁰⁴.

Resta evidenciado que o garantismo tem no princípio da materialidade o escopo de assegurar a liberdade de consciência na medida em que inibe a intervenção punitiva do Estado. Assim, Ferrajoli¹⁰⁵ expõe que o âmbito da vida pessoal deve ser intocável pelo poder estatal e “resguardado do controle público e da vigilância policial”.

¹⁰⁰ ALVARADO, Natachú Domínguez. *El principio de lesividad como límite al poder punitivo del estado*. Gaceta Judicial, 2008. Disponível em: <<http://app.vlex.com/#/vid/360763166>>. Acesso em: 06 de junho de 2014.

¹⁰¹ FERRAJOLI, 2014, p. 433.

¹⁰² Um exemplo clássico da aplicação do princípio da lesividade é a questão referente à tentativa de suicídio, de modo que quem instiga induz e auxilia é punido, mas aquele que tentou se suicidar caso não consiga levar êxito não sofrerá pena alguma, por se tratar de uma autolesão.

¹⁰³ ALMEIDA, D., 2011, p. 32.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, op. cit., p. 440.

¹⁰⁵ Ibid., p. 442.

f) Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal

Tendo o homem como pressuposto, o princípio da responsabilidade pessoal e da culpabilidade traz como desígnio que a conduta humana atrelada à vontade (elemento subjetivo) só poderá ser passível de censurabilidade se estiver presente o dolo ou a culpa.

O autor espanhol Muñoz Conde elucida que a culpabilidade “não é um fenômeno individual, mas social”. Esclarece ainda que não se trata da qualidade da ação, “mas uma característica que se lhe atribui para poder imputá-la a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela”; tendo na figura do Estado, representante da sociedade, o responsável por definir os limites do culpável e do inculpável, da liberdade ou da não liberdade”¹⁰⁶.

É importante frisar que as ações culpáveis são as únicas que podem ser não apenas objeto de reprovação, de previsão e de prevenção, mas são, também, as únicas que podem ser de maneira coerente e sensata proibidas.

Ferrajoli entende que as proibições penais são normas “regulativas” com a finalidade pragmática de orientá-los e condicioná-los; não privando a vontade humana que é livre e incondicionada, de modo que todos os seres racionais, desde que imputáveis, devem ser responsabilizados por suas ações¹⁰⁷.

g) Princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito

O sétimo axioma exposto por Ferrajoli teve sua definição dividida em dois sentidos, um sentido lato e outro estrito. No que se refere ao sentido lato, o autor afirma que para haver culpa obrigatoriamente esta deve ser reconhecida em juízo. Já no que se refere ao sentido estrito, além da necessidade de ser reconhecida a culpa em juízo, faz-se imprescindível a existência da acusação com provas e sujeita à contestação da defesa, sob pena de se considerar ilegítimo o juízo¹⁰⁸.

Destarte, o princípio da legalidade garante a prevenção das ofensas previstas como delitos, o princípio de submissão à jurisdição garante a prevenção das vinganças e das penas privadas. Assim, tal princípio significa não apenas que exista a necessidade de

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 128.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, 2014, p. 450-452.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 496-499.

um processo penal, mas, também, que exista a exclusividade do poder jurisdicional no que se refere à punição¹⁰⁹.

Insta salientar que vinculado a este princípio temos o princípio da presunção de inocência, como abarcado no início do nosso estudo, trata-se um direito fundamental que deve ser salvaguardado a todos os cidadãos. Assim, deixaremos para analisar mais adiante a devida aplicação deste junto com o axioma A7, no presente estudo, para que este não seja reduzido a um inútil engodo.

h) Princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação

Como já fora dito anteriormente, o princípio acusatório busca trazer na figura do juiz um sujeito imparcial, devendo este ser separado das partes, com a finalidade de obter um julgamento como um debate em pé de igualdade.

Sendo assim, é indispensável para que se atinja um modelo garantista que exista a equidistância do magistrado em relação aos dois interesses contrapostos, tendo no sujeito da acusação a competência de ônus da prova, e, em seguida, o contraditório, tendo, ao fim, a decisão pelo juiz com fundamento na sua livre convicção.

i) Princípio do ônus da prova ou da verificação

Reforçando o princípio acusatório sendo, também, delineado pelo princípio da presunção de inocência, o nono axioma dispõe que cabe à acusação o ônus da prova, de maneira que esta deverá provar todos os fatos superando a pressuposição da presunção de inocência do acusado.

Em regra, o encargo de produzir provas é da acusação, porém nada impede que a defesa produza provas em seu benefício, demonstrando, por exemplo, uma exclusão de ilicitude ou da culpabilidade, como explica Nucci¹¹⁰.

Definindo de forma clara, Badaró demonstra que através do ônus da prova à acusação teremos a concretização ao aspecto probatório da presunção de inocência, elevando, assim, uma inegável garantia do acusado. Outrossim, o autor demonstra que caso

¹⁰⁹ A Constituição Federal brasileira em seu artigo 5º, inciso LIII expõe de forma clara este princípio com o seguinte conteúdo: "Ninguém será processado e nem sentenciado senão pela autoridade competente".

¹¹⁰ NUCCI, 2014, p. 525.

haja interesse por parte do acusado, o mesmo poderá trazer provas para o processo em seu benefício; como também, caso não existam provas suficientes da materialidade ou da autoria, acarretando dúvidas, o acusado deverá ser absolvido¹¹¹.

j) Princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade

É manifesto que o fato de concentrar o encargo probatório nas mãos da acusação enseja, logicamente, como afirma Ferrajoli¹¹², o direito ao contraditório por parte da defesa, de maneira que jamais poderá ser admitida prova junto ao processo que não tenha sido refutada pelo acusado.

Por fim, nessa esteira, resta evidenciado o quão é necessária a orientação, como também, o acompanhamento de um defensor devidamente preparado, com o escopo de equilibrar a relação “acusação/defesa” no embate processual penal.

3.2 Finalidades

Como já fora mencionado, o principal objetivo do garantismo é limitar o poder punitivo do Estado, buscando assegurar os direitos fundamentais, individuais ou coletivos, principalmente no que tange às garantias liberais e sociais que expressam a proteção dos cidadãos, bem como dos seus invioláveis direitos constitucionais, os direitos fundamentais dos cidadãos.

Lopes JR. argumenta de forma clara a importância de assegurar os direitos fundamentais no processo penal, como defendido pelo garantismo penal, afirmando que “num Estado democrático de Direito, não podemos tolerar um processo penal autoritário e típico de um Estado-policial, pois o processo penal deve adequar-se à Constituição e não vice-versa¹¹³”.

¹¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 300-301. v. 1.

¹¹² FERRAJOLI, 2014, p. 564.

¹¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 39.

Sistematizando os dez princípios trabalhados anteriormente, Ferrajoli traz que todo sistema penal só será legítimo se estiver de acordo com os axiomas desenvolvidos pelo autor¹¹⁴.

Insta salientar que o garantismo penal não se trata de uma doutrina voltada para o abolicionismo, mas sim ao questionamento da qualidade e quantidade das penas que são impostas sem a menor observância das garantias do acusado.

Como também, o garantismo não alvitra qualquer extinção dos instrumentos formais e institucionalizados de resposta aos delitos, pelo contrário busca uma aplicação de forma efetiva deste.

No entanto, apesar da teoria garantista acreditar que o processo penal não deva ser assimilado como um mecanismo de punição por parte do poder estatal, mas como mecanismo de segurança ao réu de que terá um processo no qual poderá defender-se amplamente das acusações que incidem contra si, há autores, como o grande jurista Zafarroni que se posicionam no sentido contrário afirmando que se trata de um contrassenso esperar que os sistemas penais respeitem princípios como da “legalidade, de reserva, de culpabilidade, de humanidade e, sobretudo, de igualdade, quando sabemos que, estruturalmente, estão preparados para violar a todos¹¹⁵”.

Por fim, a finalidade do garantismo penal traz, na figura dos axiomas, um recurso que se utilizado de formas conexas representadas por equações¹¹⁶, como são expostas durante toda obra de Ferrajoli, buscam limitar o arbítrio punitivo do poder estatal no que tange à cominação de uma pena na sua aplicação.

¹¹⁴ FERRAJOLI, 2014, p. 91.

¹¹⁵ ZAFARONI, Eugênio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmatica juridico-penal*. Argentina: Ediar, 1998, p. 243.

¹¹⁶ I) modelos de processo penal autoritário:

* ausentes os princípios A9 e A10 (sistema de mera legalidade);

* ausentes o princípio A8 (sistema inquisitivo);

b) modelos de direito penal autoritário:

* ausente o princípio A6 (sistema objetivista);

* ausentes os princípios A5 e A4 (sistema subjetivista);

* ausente o princípio A3 (sistema vexatório);

c) modelos punitivos irracionais:

* ausente o princípio A1 (sistema “sem delito”);

* ausente o princípio A9 (sistema “sem juízo”);

* ausente o princípio A2 (sistema “sem lei”) (FERRAJOLI, op. cit., p. 96 e ss.).

3.3 Garantismo e o Estado de Direito

Concebido pelo liberalismo, o Estado de Direito é composto por dois elementos, o Estado – enquanto forma de organização política – e o direito – enquanto conjunto das normas que regem o funcionamento de uma sociedade – e, assim, o poder estatal se depara limitado pelo direito.

Surgindo da oposição a um Estado absolutista, o Estado de Direito propõe que o poder advenha do povo, o qual elege seus representantes para o governo. Entretanto, foi no final do século XIX que as grandes bases do Estado de Direito foram consolidadas, passando, assim, a lei a ser uma forma de representar a vontade dos cidadãos, uma vez que a partir do comportamento destes é que ocorre a influência do desenvolvimento das sociedades, devendo, de tal maneira, ser respeitada por todos, igualmente, independente de sua condição, implicando, assim, a ideia de Estado de Direito.

Garantismo, sob a ótica do modelo normativo de direito, é a principal conotação de uma específica formação moderna que é o Estado de Direito. De modo que o Estado de Direito, para Ferrajoli, trazendo a distinção sugerida por Bobbio, que dizer duas coisas: governo *sub lege* ou submetido às leis ou o governo *per leges* ou mediante as leis gerais abstratas. Contudo, não se deve afirmar que o Estado de Direito trata-se simplesmente de um “Estado Legal”, mas sim, de um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e possuindo como características:

- a) No plano formal, pelo princípio da legalidade, por meio do qual todo poder público tem seu exercício subordinado às leis gerais e abstratas que lhe disciplinam.
- b) No plano substancial da “funcionalização” de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, através da inclusão limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes¹¹⁷.

Ferrajoli ainda traz que a grande inovação institucional da qual nasceu o Estado de Direito foi, contudo, a positivação e a constitucionalização dos direitos naturais por meio daquilo que o autor chama de incorporação limitativa, no ordenamento jurídico, dos correspondentes deveres impostos ao exercício dos poderes públicos. Sendo assim, tais

¹¹⁷ FERRAJOLI, 2014, p. 790.

direitos se tornam “direitos positivos invioláveis”, mudando a estrutura do Estado – deixando de ser absoluto, passando a ser limitado e condicionado¹¹⁸.

Ramos conceitua o Estado de Direito como aquele onde é assegurado ao cidadão um tratamento igualitário perante os seus órgãos, principalmente os que desempenham o poder punitivo, por meio da atribuição de garantias de defesa¹¹⁹. Como também, a CRP em seu dispositivo no artigo 20.º, n.º 4, traz a ideia de processo igualitário, por intermédio de um enquadramento próprio constando da lista dos deveres e direitos.

Outrossim, no que se refere às garantias penais e processuais, estas não podem ser mais que um sistema de vedações legais inderrogáveis: vedações legais de punir, de prender, de perseguir, de censurar ou, de outra maneira, sancionar, sem que concorram as condições constituídas pela lei para tutela dos cidadãos contra os arbítrios. Destarte, estes direitos, além de invioláveis são também indisponíveis e inalienáveis¹²⁰.

No entanto, a prestação positiva da parte do Estado não foi acompanhada pela formação de apropriadas garantias sociais ou positivas, ou seja, de técnicas de defesa e possibilidades de serem deduzidas em juízo comparável àquelas exibidas pelas garantias liberais para a tutela dos direitos de liberdade¹²¹.

Por fim, o garantismo, no sentido substancial e social da democracia, é uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, com o escopo de determinar o que estes não devem e o que devem decidir, podendo ser concebido com a conotação estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra o poder do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto. Destarte, para Ferrajoli tudo isto acarreta uma nova interpretação do conceito de democracia, passando a ser uma democracia substancial ou social – o Estado de direito dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais; e a democracia formal – o Estado político representativo – fundamentado no princípio da maioria como fonte de legalidade.

¹¹⁸ FERRAJOLI, 2014, p. 793.

¹¹⁹ RAMOS, Vânia Costa. Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare. *Revista do Ministério Público*, Parte II, n. 109, p. 70, jan./mar. 2007.

¹²⁰ FERRAJOLI, op. cit., p.794.

¹²¹ Ibid., p. 790.

CAPÍTULO II DA PRISÃO PREVENTIVA

4 Prisão preventiva

Espécie de prisão processual, a prisão preventiva em seu próprio *nomen juris*¹²² já expressa sua natureza cautelar. Entretanto, sua função de prevenção, que tem por escopo assegurar a devida persecução penal, vem sendo bastante criticada pela doutrina; pois, sua aplicação vem sendo banalizada por alguns ordenamentos, convertendo sua função preventiva numa espécie de pré-execução da pena.

4.1 Noções

Partindo da premissa iluminista, em sentido oposto às penas corporais, surge a prisão com um caráter repressivo, preventivo e corretivo¹²³. De modo que a ideia da prisão preventiva já era utilizada por gregos e romanos, como também, foi utilizada por muitos séculos como uma espécie de local onde se guardavam as pessoas até uma decisão final da justiça, para que, assim, os indivíduos não pudessem fugir e viessem a pagar suas dívidas¹²⁴.

Os parques registros históricos encontrados demonstram que alguns autores no início do século XX persistem na inexistência da pena de prisão no antigo regime, chamando a prisão de meramente preventiva e sem caráter infamante, que apesar de ser considerada como provisória não se tinha conhecimento de quando retornaria à liberdade, e se voltaria¹²⁵.

E, só após o liberalismo foi que a prisão preventiva passou a exercer a função de medida cautelar, visando impedir a fuga do imputado e assegurar a execução da pena,

¹²² SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. *Cautelaridade da prisão preventiva*. Rio de Janeiro: Temas & Ideias Editora, 2004, p. 99.

¹²³ Marquês de Beccaria transformou, em toda a Europa, a forma de execução das penas, através de sua obra – *Dos Delitos e das Penas* – a qual podemos afirmar que foi o marco inicial do caráter humanitário da pena, afastando a pena de morte como punição.

¹²⁴ ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem pública e liberdade individual* – um estudo sobre a prisão preventiva. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 22.

¹²⁵ ROCHA, loc. cit.

adquirindo, desde então, sua função processual, servindo como instrumento para assegurar a segurança da sociedade, como também a funcionalidade da justiça, sem deixar de ponderar a liberdade individual.

Abalizadas nessas finalidades, as medidas de coação segundo ensinamentos de Antunes, “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 liberdade¹²⁶”.

É importante frisar que as medidas de coação, no que se refere às restrições à liberdade, jamais poderão ser utilizadas como meio de antecipação da responsabilização e punição penal, restringindo-se a sua natureza cautelar, podendo, assim, ter “a realização da justiça”¹²⁷ através de um instrumento processualmente válido, em busca da verdade dos fatos.

Teixeira de Sá registra que a natureza das medidas de coação é “estritamente cautelar¹²⁸”, não podendo ser considerada como pena, medida de segurança ou qualquer outra espécie de penalidade.

Nesse mesmo sentido Maia Costa ratifica que a prisão preventiva não pode ser considerada como uma punição, posto que o arguido ainda goza da presunção de inocência, devendo limitar-se a cautelar a funcionalidade do processo, do contrário será considerada ilegítima¹²⁹.

De maneira objetiva Fabião conceitua a prisão preventiva como forma de privar a “liberdade física antes da condenação transitada em julgado, praticada com fins processuais e intervenção judicial”, sendo justificada na necessidade e conveniência¹³⁰.

Em Portugal, não obstante a expressa referência à “excepcionalidade” da prisão preventiva - fora somente implantada na legislação lusitana através da revisão constitucional de 1997, essa alteração revelou-se apenas numa “*explicitação* do que já

¹²⁶ ANTUNES, 2003, p. 1249.

¹²⁷ BRANDÃO, Nuno. Medidas de coação: o procedimento de aplicação na revisão do código de processo penal. *Revista portuguesa de ciências criminais*. Coimbra: Editora Coimbra, ano 18, n. 1, p. 82, jan./mar. 2008.

¹²⁸ SÁ, Pedro Jorge Teixeira de. Fortes indícios de ilegalidade da prisão preventiva. *Revista de direito comparado Português e Brasileiro*, tomo XLVIII, n. 277/279, p. 394, jan./jun. 1999.

¹²⁹ COSTA, Eduardo Maia. Prisão preventiva: medida cautelar ou pena antecipada? *Revista do ministério Público*, ano 24, n. 96, p. 98, out./dez. 2003.

¹³⁰ FABIÃO, Fernando. *A prisão preventiva*. Braga: Livraria Cruz, 1964, p. 7-8. (Coleção Scientia Ivridica).

antes estava normatizado: que a prisão preventiva só pode ser decretada quando qualquer outra medida se mostrar insuficiente¹³¹”.

Nesse aporte, admite-se que a prisão preventiva é indispensável e útil ao desdobrar do processo, de maneira que esta não pode ser eliminada do processo penal sob pena de perigar seriamente a segurança social¹³².

Ainda que a prisão preventiva surja no sentido de gerar uma maior efetividade ao cumprimento dos fins do processo, não se deve fechar os olhos para uma das maiores problemáticas oriundas de sua utilização, pois é através dela que se perpetram as mais evidentes violações da liberdade pessoal e de outros direitos fundamentais perfilhados nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

Destarte, em busca de priorizar medidas menos gravosas para proteger o devido processo penal, alguns países procuram alternativas ao emprego da prisão preventiva, pois seus efeitos práticos são, de certa maneira, como uma verdadeira pena antecipada, acarretando ofensas a princípios elementares que imperam Estado de Direito.

No entanto, na maioria dos casos, o legislador e os operadores de direito têm na prisão preventiva uma espécie de peça essencial do sistema¹³³, sendo esta uma ferramenta central da estratégia de combate contra determinados segmentos das criminalidades, principalmente a organizada e em especial o tráfico de entorpecentes.

O Professor Figueiredo Dias, de forma brilhante ensina que o

processo penal constitui um dos lugares por excelência em que tem de encontrar-se a solução do conflito entre as exigências comunitárias e a liberdade de realização da personalidade individual. Aquelas podem postular, em verdade, uma «agressão» na esfera desta; agressão a que não falta a utilização de meios coercivos (prisão preventiva, exames, buscas, apreensões) e que mais difícil se torna de justificar e suportar por se dirigir, não a criminosos convictos, mas a meros «suspeitos» - tantas vezes inocentes - ou mesmo a «terceiros» (declarantes, testemunhas e até pessoas sem qualquer participação processual)¹³⁴.

Logo, apesar de existir um interesse comunitário, principalmente na prisão preventiva que age como uma primeira resposta para a sociedade – no sentido de eficácia de punição aos possíveis “criminosos”. Essa resposta acarreta uma eficácia perversa, pois a

¹³¹ COSTA, 2003, p. 91.

¹³² FABIÃO, 1964, p. 9.

¹³³ SCREVEN, Raymond. Detention preventive – règles legales, application, alternatives. *Revue de droit penal et de criminologie*, p. 105, 1990.

¹³⁴ DIAS, 2004, p. 59.

prisão preventiva deixa de ser medida cautelar para transformar-se em pena antecipada, ceifando, assim, princípios constitucionais e processuais.

Ferrajoli assevera que o “encarceramento preventivo é o momento do processo ordinário e é ordenado por um juiz. Todavia, por causa dos seus pressupostos, da sua modalidade e da sua dimensão assumida, tornou-se o sinal mais vistoso da crise da jurisdição, da tendência a tornar mais administrativo o processo penal e, sobretudo, da sua degeneração no sentido diretamente punitivo¹³⁵”.

Não obstante existirem severas críticas doutrinárias sobre a aplicação da prisão preventiva, hoje é quase unânime o entendimento de que esta é um mal necessário¹³⁶, uma fatal necessidade, uma dolorosa necessidade social perante a qual todos devem anuir¹³⁷.

Num campo tão delicado como é a privação da liberdade física, em que o erro é não só bastante como provável como também irremediável, avisadamente andou o legislador ao rodear a prisão preventiva de certas cautelas de que havemos de tratar¹³⁸.

4.2 Fundamentos gerais

Procurando estabelecer fundamentos básicos com o intuito de controlar e legitimar a aplicação da prisão preventiva, o legislador os elaborou sob a premissa da excepcionalidade, submetendo-os a um denominador comum que é a averiguação de, qualquer um deles, no caso concreto.

É preciso, antes de adentrarmos aos requisitos específicos da prisão preventiva, entendermos os requisitos gerais referentes à aplicação de todas as medidas de coação.

A condição essencial para cumprimento de uma medida de coação é a prévia constituição como arguido da pessoa a quem for submetido o processo¹³⁹. Essa condição é considerada medular, pois não há o que se falar em devido processo legal sem a figura do arguido.

¹³⁵ FERRAJOLI, 2014, p. 711.

¹³⁶ Outros autores também chamam a prisão preventiva como mal necessário. SÁ, 1999, p. 400; SÁNCHEZ BARRIOS, Maria Inmaculada. La prisión provisional en España – Especial referencia a su procedimiento. In: LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1253.

¹³⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 369.

¹³⁸ FABIÃO, 1964, p. 10.

¹³⁹ SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 5. ed. rev. e atual. Lisboa: Editora Verbo, 2011, p. 349. v. II.

Mas para que um determinado indivíduo seja considerado arguido é indispensável que haja fundada suspeita da prática de crime, resultando o segundo requisito geral – *fumus comissi delicti*.

A existência deste requisito tende a estreitar o juízo de probabilidade da prática dos fatos com a certeza, uma vez que na verdade para ser considerado arguido se faz suficiente que recaiam simples suspeitas sobre este. Destarte, como expõe Barros, “nunca ninguém poderá ser preso preventivamente só porque é arguido”, posto que “o critério dos fortes indícios é um conceito aberto, só sendo legítima a sua ponderação perante o concreto; não comportando, nomeadamente, presunções¹⁴⁰”.

É imprescindível que haja a probabilidade, e não a mera possibilidade, de que o indivíduo seja o autor do crime e que haja prova da existência do delito, para que só assim possa ser decretada a medida de coação, principalmente se for uma prisão preventiva. Diferente do *probatio levior*¹⁴¹, quando a norma em “indícios suficientes de autoria”, não existe uma certeza, mas sim probabilidade capaz a convencer o magistrado.

Logo, a expressão indícios suficientes têm, conseqüentemente, o sentido de probabilidade suficiente e não a simples possibilidade de autoria. Mesmo que não seja necessária prova plena, mas é imperioso que existam pelo menos indícios, ou ao menos um elemento apontador de que existe probabilidade de que o suspeito seja o autor do crime, e que possa vir a convencer o magistrado¹⁴².

Nesse aporte, para que constitua determinado indivíduo como arguido tem que existir a prova da materialidade e os indícios de autoria, ou seja, tem que se demonstrar primeiramente o cometimento do delito e cumulativamente a demonstração de indícios de que o arguido contribuiu para o fato delitivo.

A Corte Europeia de Direitos Humanos já declarou que para existir uma suspeita razoável para a prisão preventiva devem estar presentes fatos ou informações que possam

¹⁴⁰ BARROS, José Manuel de Araújo. Critérios da prisão preventiva. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 10, fasc. 1, Editora Coimbra, p. 423, 425, jan./mar. 2000.

¹⁴¹ Germano Marques explica que o *probatio levior* é “a convicção da existência dos pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou média de segurança criminal, mas em grau inferior à que é necessária para a condenação” (SILVA, G., 2011, p. 352).

¹⁴² FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 41, p. 136-137, 2003.

satisfazer um “observador imparcial” no sentido de que a pessoa afetada pela medida possa ter cometido o fato delituoso¹⁴³.

Delmanto JR. assevera que além de ser necessária a certeza do fato, será considerada ilegal a prisão do indivíduo quando o “evento” for atípico. Nesses casos, não se pode falar em crime, muito menos em aplicar a prisão preventiva, fundamentado na justa causa para persecução penal¹⁴⁴.

Como elucida Marques da Silva, “não bastam os indícios da prática do crime, importando ainda que se verifiquem os *pericula libertatis*¹⁴⁵”. Esse requisito está relacionado às chances da continuação da atividade delitiva e, concomitantemente, da probabilidade de o arguido ser vítima pessoal do ofendido, ou de uma multidão embravecida ou manipulada, ou do próprio poder¹⁴⁶.

No entanto, é imprescindível que todas as medidas de coação estejam presentes em lei, assegurando o princípio da legalidade, como também que estejam em harmonia com o princípio da necessidade, para que só assim possam justificar a imposição das medidas de coação¹⁴⁷.

É demasiadamente grande a quantidade de jurisprudências, no sentido de que a liberdade deve ser a regra geral, sobretudo para a prisão cautelar, pois é imperioso que o magistrado justifique precipuamente a necessidade de sua aplicação, não sendo suficiente alegar, mesmo que formalmente, os fundamentos gerais das medidas de coação ou os particulares à prisão preventiva, os quais serão abordados a seguir¹⁴⁸.

¹⁴³ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 230.

¹⁴⁴ DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 164.

¹⁴⁵ SILVA, G., 2011, p. 353.

¹⁴⁶ ALMEIDA, Jorge Tavares de. A precariedade da prisão preventiva e os delitos incaucionáveis. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42, p. 733, 1982.

¹⁴⁷ ANTUNES, 2003, p. 1253.

¹⁴⁸ Existem vários posicionamentos e jurisprudências vedando que o juiz se justifique apenas na suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça.

“AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado em suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça, para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato.

(STF - HC: 93315 BA, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 27/05/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00660).

4.2.1 Fundamentos da prisão preventiva em Portugal

O caráter estritamente cautelar das medidas de coação obriga a respeitar um conjunto de condições e fundamentos elencados na Constituição e na lei processual penal¹⁴⁹. Igualmente, para a aplicação da prisão preventiva deve-se observar pelo menos um dos requisitos gerais das medidas de coação, cumulativamente com pelo menos um específico.

E por se tratar de requisitos relacionados à privação da liberdade, estes devem ser absolutos e cogentes a determinado fim, que sobressaia a importância e o respeito devido à liberdade individual.

Segundo Helié os objetivos da prisão preventiva estão em três: a) garantia da execução da pena; b) meio de assegurar a instrução do processo; c) medida de segurança contra a perpetração de novas infrações¹⁵⁰.

Como já visto, o *pericula libertatis* trata-se de um fundamento de ordem geral, e, visando a sua melhor aplicação o Código de Processo Penal português determina em seu artigo 204.º justificativas limitadoras para que todas as medidas de coação – exceto as que se referem à indicação obrigatória do termo de identidade e de uma morada – se fundamentem em ao menos um dos pressupostos elencados no dispositivo citado.

Os pressupostos que fazem parte do citado artigo são: 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.

No que se refere ao perigo de fuga, Marques da Silva evidencia que a lei não presume o perigo de fuga, tampouco a mera probabilidade deduzida de “abstractas e genéricas presunções”, mas sim elementos concretos que revelem a preparação da fuga¹⁵¹.

Já no que tange à alínea b) do art. 204 do CPP, a preocupação em assegurar a devida persecução processual, principalmente na fase de produção de provas, deve ser

¹⁴⁹ ROCHA, 2005, p. 32.

¹⁵⁰ HELIÉ *apud* ABREU, Jose Vasconcelos. *Enquadramento do instituto da prisão preventiva*. 1966. Palestra realizada na conferência preparatória dos estagiários de Lisboa na Ordem dos Advogados, em 11 de junho de 1964. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1966, p. 11.

¹⁵¹ SILVA, G., 2011, p. 356.

analisada com bastante cautela, pois não se pode admitir medidas de coação destinadas a estimular o arguido a colaborar com a acusação¹⁵². Bem como, “a falta de diligência das autoridades e órgãos de polícia criminal ou a sua comodidade não serão por si mesmas nunca causa ou justificação para a necessidade de aplicação de uma medida de coação¹⁵³”.

Por fim, no que se refere à ordem e tranquilidade pública ou à continuação da atividade criminosa, em razão da natureza e circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, trata-se, para Isasca, de uma transgressão “grosseira do princípio da presunção de inocência”; e o citado autor ratifica que não se trata apenas da prisão preventiva, mas sim de todas as medidas de coação¹⁵⁴.

Nessa mesma senda Marques da Silva aduz que “a aplicação de uma medida de coação não pode servir para acautelar a prática de qualquer crime pelo arguido, mas tão-só a continuação da atividade criminosa pela qual o arguido está indiciado¹⁵⁵”.

Reiterando os fundamentos gerais das medidas de coação e buscando evidenciar a premissa da *ultima ratio*, o Código de Processo Penal português buscou em seu artigo 192 exteriorizar tais fundamentos, já trabalhados, para que só assim adentrasse nos fundamentos específicos expostos no artigo 202 do mesmo código, conforme observaremos.

a) Se houver fortes indícios de prática de crime doloso

Jamais alguém poderá ser preso preventivamente pelo simples fato de ser arguido em um processo penal, devendo ser analisado caso a caso, para que assim se verifique se estão presentes os requisitos de medidas de coação; e como vimos o *fumus comissi delicti* faz parte destes.

Partindo de tal requisito e com forte receio que este viesse a ser utilizado de forma desmensurada o Código de Processo Penal português procurou, em suas alíneas, delimitar sua utilização para atingisse a efetiva função cautelar.

Sempre que houver fortes indícios de prática de crime doloso, sendo esses relacionados a: “i) punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos; ii) que

¹⁵² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentários do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editorial, 2011, p. 601.

¹⁵³ SILVA, G., 2011, p. 357.

¹⁵⁴ ISASCA, Frederico. A prisão preventiva e as restantes medidas de coação. *Revista portuguesa de ciências criminais*, Coimbra: Editora Coimbra, ano 13, n. 1, p. 377, jan./mar. 2003.

¹⁵⁵ SILVA, G., op. cit., p. 359.

corresponda à criminalidade violenta; iii) de terrorismo ou que corresponda à criminalidade altamente organizada punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos; iv) de ofensa à integridade física qualificada, furto qualificado, dano qualificado, burla informática e nas comunicações, receptação, falsificação ou contrafação de documento, atentado à segurança de transporte rodoviário, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos; ou v) de detenção de arma proibida, detenção de armas e outros dispositivos, produtos ou substâncias em locais proibidos ou crime cometido com arma, nos termos do regime jurídico das armas e suas munições, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;¹⁵⁶” permite-se a decretação da prisão preventiva no ordenamento português.

Com o intuito de gerar maior segurança jurídica, principalmente ao arguido que tem assegurado o princípio da presunção de inocência, o legislador conscientiza os operadores de direito de que não basta a presença de fortes indícios que aquele tenha cometido crime doloso, mas deve existir, de maneira cumulativa, um dos pressupostos citados no paragrafo anterior.

Apesar de a expressão “fortes indícios” ser considerada subjetiva por muitos, a segunda partes das alíneas de a) a e) trata de requisitos de carácter objetivo, trazendo, assim, uma noção de que a aplicação da prisão preventiva é aparentemente descomplicada. Basta identificamos o crime em questão e a pena a este imputada.

- b) Se se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão.

Apesar de ser um fundamento objetivo, que por si só já justifica a aplicação da prisão preventiva, esta só poderá ser decretada se estiverem presentes ao menos um dos requisitos elencados no artigo 204.º do Código de Processo Penal português, ou seja, os requisitos gerais das medidas de coação.

¹⁵⁶ Artigo 202º, 1, alínea a) a f) do Código de Processo Penal português - Lei Orgânica n.º 2/2014, de 06/08. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=199&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>.

4.2.2 Fundamentos da prisão preventiva no Brasil

Como já fora mencionado, todas as medidas de coação possuem seus requisitos; entretanto, o instituto da prisão preventiva, por se tratar de um cerceamento de liberdade, exige requisitos específicos. Assim, antes da sua decretação deve-se verificar a existência dos pressupostos gerais e de ao menos um dos pressupostos privativos.

Ratificando a importância de ser observada a existência de tais pressupostos, Delmanto JR. afirma que a não verificação desse pressuposto afigura-se como verdadeira lesão do direito ao estado de inocência, uma vez que vem a tutelar a liberdade dos cidadãos¹⁵⁷.

a) Interesses de ordem pública

Vinculada ao *periculum libertatis*, a definição de interesse de ordem pública não se trata de algo fácil de definir. Entretanto, partindo da ideia que ordem pública pode ser a tranquilidade no meio social, o estado de paz, a premissa de garantir o interesse de ordem pública possui um conceito muito vago e amplo, pois não mencionando o legislador, esta definição ficou nas mãos dos doutrinadores e de jurisprudências.

Exatamente por não apresentar uma exatidão na sua delimitação, o magistrado acaba por entender de forma bastante subjetiva, acarretando assim diversos entendimentos sobre o assunto.

Na procura de trazer uma definição para garantia da ordem pública, Marques conceitua como “desde que a permanência do réu, livre e solto, possa dar motivo a novos crimes ou cause repercussão danosa e prejudicial no meio social, cabe ao juiz decretar a prisão preventiva ‘como garantia da ordem pública’¹⁵⁸”.

Nesse mesmo viés Garcia traz que para a garantia da ordem pública ao decretar a prisão preventiva, o juiz procura evitar que o “delinquente” volte a cometer novos delitos, ou pelo fato deste ser propenso a práticas delituosas, podendo incorrer nos mesmos delitos se em liberdade permanecer¹⁵⁹.

¹⁵⁷ DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 169.

¹⁵⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Ed. Bookslller, 1997, p. 63. v. 4.

¹⁵⁹ GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945, p. 169. v. III.

O texto único das leis de segurança pública traz que “a autoridade de segurança pública vela pela manutenção da ordem pública, pela segurança dos cidadãos, pela sua incolumidade e pela tutela da propriedade¹⁶⁰”.

É frequente a aplicação da prisão preventiva sob o fundamento da tentativa de evitar novas ações delituosas, sem que existam, de fato, fortes indícios sobre a autoria do delito. Principalmente devido à flexibilidade deste pressuposto, pois pode ser enquadrado com facilidade em diversas hipóteses.

Isso fica evidenciado em crime com gravidade elevada ou com grande repercussão na sociedade, pois a gravidade e a repercussão são utilizadas na maioria das vezes como manifestação da periculosidade do indivíduo.

Entretanto, a gravidade do delito não pode implicar que o sujeito do delito, diante do princípio da proporcionalidade, ofereça risco à sociedade e mereça a decretação da prisão preventiva, pois estaria sendo violado o princípio da inocência – acarretando um juízo de valor antecipado.

Mas, não podemos negar que a gravidade ou a repercussão aproxima a possibilidade da sua decretação. No entanto, devem-se analisar os demais pressupostos e a constatação da devida necessidade, para que sua aplicação seja legal.

Nesse aporte, é ratificado que o juiz ao aplicar a prisão preventiva está visando à prevenção geral, pois preocupado em satisfazer as demandas sociais de segurança ou de acalmar a desassossego social, esse acaba por mitigar o pressuposto do *periculum libertatis* transformando-a em uma pena antecipada à própria condenação.

Ratificando este pensamento Lopes JR. defende ser inconstitucional a prisão preventiva que propenda a garantir a ordem pública ou a ordem econômica, por não estarem dotadas de cautelaridade¹⁶¹, de forma que a prisão preventiva deixa de ser um instrumento processual e passa a ser medida de segurança pública.

Destarte, é intolerável que no Estado Democrático de Direito se utilize o encarceramento preventivo de indivíduos para que seja assegurada a ordem pública, fundamentado apenas no receio da prática de novos delitos. Pois, estaria delegando uma função da polícia ao judiciário, sendo estranha à sua finalidade processual, “sustentando-se

¹⁶⁰ FERRAJOLI, 2014, p. 735.

¹⁶¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 203.

que uma prisão sem condenação efectiva representa sempre uma grave derrogação dos princípios da liberdade individual e da presunção da inocência”¹⁶².

Manzini assevera que a prisão preventiva é permitida, única e exclusivamente, para os fins do processo penal, não tendo “por fim a exemplaridade, que é exclusivamente da pena. É absurdo admitir-se que a prisão preventiva seja ordenada para servir de exemplo, já que ela é decretada contra o imputado, ou seja, contra uma pessoa de quem ainda não se sabe se é culpado ou inocente. Pela mesma razão seria errôneo pensar que essa prisão tivesse por finalidade dar satisfação ao sentimento público de justiça”¹⁶³.

Assim, a lei apontará os indícios do delito que exige a guarda do réu, sujeitando-o a um interrogatório e a uma pena. O clamor público, a fuga, a confissão extrajudicial, o depoimento do companheiro do delito, as ameaças e a constante inimizade com o ofendido, o corpo de delito e indícios semelhantes são provas suficientes para prender o cidadão¹⁶⁴.

Por outro lado, não podemos deixar de mencionar que dentro do interesse público temos a garantia da ordem econômica. Para alguns doutrinadores deve ser analisado de forma separada da garantia da ordem pública; entretanto, me filio ao entendimento de que ambas as garantias são de interesse da sociedade, podendo ser analisadas em conjunto.

Tendo por finalidade preservar a ordem econômica, este fundamento está relacionado aos crimes contra ao mercado financeiro. Não obstante, a ordem econômica prima pela valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social.

Para assegurar tais garantias constitucionais, o legislador autoriza a decretação da prisão preventiva, coibindo, assim, a prática delitiva voltada ao mercado financeiro. Mas como ocorre na busca por garantir a ordem pública, na ordem econômica também acaba violando, de certa forma, o princípio da presunção de inocência, pois ceifa a liberdade do arguido devido ao temor que ele continue praticando delitos, sem nem ao menos existir a sentença condenatória.

É importante salientar que a prisão preventiva sob o fundamento da garantia da ordem econômica é limitada e tem como pressuposto lógico e necessário a imputação da prática de crime contra a ordem econômica em lei. Pois, sua utilização buscando uma

¹⁶² VEIGA, Catarina. Prisão preventiva, absolvição e responsabilidade do Estado. *Separata da revista do ministério público*, Lisboa, n. 97, p. 34, 2004.

¹⁶³ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago S. Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1952, t. III, p. 629.

¹⁶⁴ BECCARIA, 2006, p. 81.

repressão contra a corrupção acaba por afastar sua natureza cautelar, convertendo-a em punição antecipada.

Por fim, esse pressuposto deve ser utilizado com bastante cautela pelos magistrados, pois sua indeterminação fomenta uma aplicação arbitrária e provoca supressão nos sistemas de liberdade, sendo, assim, uma afronta ao princípio da legalidade.

Logo, a prisão provisória não pode ter como desígnio a proteção da ordem pública, no sentido de segurança pública, pois estaria desvirtuando sua real função e a transformando em uma instituição policial. Destarte, a tutela da ordem pública deve ficar unicamente sob a guarda do Poder Executivo.

b) Conveniência da instrução criminal

Fundamentada na premissa do devido processo legal, a conveniência da instrução criminal surge com a finalidade de assegurar a persecução penal de maneira equilibrada e imparcial. Sendo considerado restrito, este pressuposto vincula-se à atuação do réu em face à captação de provas, posto que, mantendo-se inerte não há o que se falar em inconveniência, devendo, assim, mantê-lo em liberdade.

São comuns casos em que Polícia e Ministério Público detectam a atuação de quadrilhas de atividade complexa, que envolvem dezenas de indivíduos na organização e execução dos crimes e, quando se deflagra alguma medida ostensiva de persecução, como, por exemplo, a busca e apreensão ou a propositura da ação penal, os demais membros dos grupos voltam-se para a destruição de provas ou qualquer informação que possa vir a comprovar a prática delitiva¹⁶⁵.

Apesar das constantes críticas por se tratar de um fundamento superficial, o legislador ao elaborá-la buscou assegurar uma colheita de provas isenta e a apuração da melhor verdade¹⁶⁶. De forma que, não se aplicando, todos os esforços do Estado para proteção da instrução criminal estariam comprometidos.

Por outro lado, a utilização deste fundamento coloca em risco algumas garantias constitucionais – *nemo tenetur se detegere* - que se referem ao direito de permanecer em

¹⁶⁵ FIGUEIREDO, Igor Ney. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 103.

¹⁶⁶ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. Material Complementar. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 44.

silêncio e a não autoincriminação. Assim, a prisão preventiva só poderá ser decretada se a ação do arguido estiver embaraçando o acervo probatório.

Nessa senda, o Supremo Tribunal Federal brasileiro manteve a prisão preventiva do governador do Distrito Federal para garantir a instrução criminal, pois, como assevera a ministra Cármen Lucia, “se ele continuasse solto, não haveria como se dar sequência às investigações sobre suposto esquema de corrupção no governo do Distrito Federal. “Tenho para mim que aqui foi aplicado, rigorosamente, o direito”¹⁶⁷”.

Um ponto que merece atenção é o fato que, findada a colheita de provas não deveria mais existir motivos para manter encarcerado o arguido. Entretanto, na prática o que se observa no Brasil é algo bem diferente, pois mesmo finalizada toda a colheita de provas, o arguido é mantido preso.

Ferrajoli considera esse fundamento como a única necessidade processual que pode justificar que a decretação da prisão preventiva seria para preservar a não deterioração das provas antes do primeiro interrogatório. Assim, sempre que fosse necessária a condução do acusado frente ao juiz, poderia ser realizada de forma coercitiva, tornando o andamento da instrução mais célere¹⁶⁸.

Outro ponto bastante problemático da aplicação deste fundamento é a sua utilização para assegurar a integridade física do arguido. Isso porque, onde existe o risco à integridade do arguido, principalmente nos casos em que há grande repercussão pública, há o risco de agressão por parte dos lesado.

No entanto, apesar das constantes aplicações nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal também se posiciona contra esta aplicação, afirmando:

HABEAS CORPUS. LEGÍTIMA DEFESA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. 1. Para análise da alegada legítima defesa, seriam necessárias aprofundadas análise e valoração de provas, inviável no rito do habeas corpus. 2. A gravidade da ação criminosa, o clamor social e a revolta de populares contra o acusado não são motivos idôneos para a prisão cautelar. Ninguém pode ser preso para sua própria proteção. 3. Depoimentos de policiais favoráveis à personalidade e à conduta do réu no momento da prisão em flagrante, no sentido do não oferecimento de qualquer resistência, conduzem à caracterização do constrangimento ilegal contra sua liberdade. 4. Ordem concedida. Prejudicado o agravo regimental (STF - HC: 100863 SP, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA,

¹⁶⁷ STF - HC: 102732 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/02/2010, Data de Publicação: DJe-031 DIVULG 19/02/2010 PUBLIC 22/02/2010.

¹⁶⁸ FERRAJOLI, 2014, p. 515.

Por fim, com o escopo precipuamente para assegurar efetiva persecução penal e afastar todos aqueles que busquem atrapalhar a colheita de provas, a prisão preventiva se faz necessária para almejar o verdadeiro sentido da instrução criminal.

c) Assegurar a aplicação da lei penal

Este fundamento está intrinsecamente atrelado ao risco de fuga do arguido ou quando o mesmo já se encontra foragido, surgindo a prisão preventiva com o desígnio de prevenir ou de recapturá-lo, pois não localizado mais a figura do arguido, perde-se toda utilidade da instrução.

Assim, todas as vezes que existirem fundadas suspeitas de que o arguido pretende fugir ou que já esteja foragido, e que venha inviabilizar a futura aplicação da lei penal, é autorizada a decretação da prisão preventiva.

Nesse aporte, resta evidenciado que seja conveniência da instrução criminal, ou para assegurar aplicação da lei penal, a prisão preventiva tem por fim tão-só garantir que o processo se desenvolva corretamente e que exista no final a eficácia com a sua execução.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro também se posicionou com relação a este fundamento:

PROCESSO PENAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. PACIENTE FORAGIDO. QUEBRA DO COMPROMISSO ASSUMIDO COM O JUÍZO PROCESSANTE. CONSTANTES MUDANÇAS DE ENDEREÇO. PROCESSO QUE SE ARRASTA HÁ MAIS DE 15 ANOS. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. ORDEM DENEGADA. 1. A prisão preventiva se acha embasada na fuga do acusado como fator de risco para a própria aplicação da lei penal. O que, segundo reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, materializa a hipótese descrita no art. 312 do Código de Processo Penal de "assegurar a aplicação da lei penal". 2. Na concreta situação dos autos, após várias tentativas de localizar o paciente, foi efetivada sua prisão preventiva. Prisão que foi revogada, ainda na década de 90, sob o compromisso de ele, paciente, informar ao Juízo eventual mudança de endereço. Compromisso que foi quebrado, paralisando a marcha processual, retomada somente mais de quinze anos depois, com o cumprimento de novo decreto de prisão. 3. Ordem denegada (STF - HC: 97946 SP, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-03 PP-00566).

Em contrapartida, Ferrajoli afirma que após a colheita de provas e já realizado o interrogatório, não há mais motivos para manter o arguido em cárcere preventivo, devendo pôr este em liberdade. E o autor ainda segue afirmando que no caso do perigo de fuga, em uma sociedade informatizada e internacionalmente integrada como a atual é bem difícil existir uma fuga definitiva¹⁶⁹.

4.3 Aplicação

Primeiramente para que se possa admitir a aplicação de qualquer que seja a medida de coação deve-se observar se houve a devida fundamentação pelo magistrado, pois do contrário estar-se-á tratando de uma aplicação ilegal.

Levando-se em consideração que dentre as medidas de coação a mais severa é a prisão preventiva, pois priva o direito à liberdade do indivíduo, Isaca afirma que “não podemos correr o risco de imolar a realização da justiça na ara dos direitos do arguido, sob pena de total descredibilização do Sistema¹⁷⁰”.

É importante frisar que conforme os ensinamentos de Andrade, “o direito penal só pode intervir para assegurar a proteção necessária e eficaz, dos bens jurídicos fundamentais, indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e o funcionamento da sociedade democraticamente organizada¹⁷¹”.

Partindo da premissa muito bem exposta por Antunes, “uma medida de coação que tem que se mostrar comunitariamente suportável face à possibilidade de estar a ser aplicada a um inocente¹⁷²” deve ser aplicada com cautela e restrição, impondo ao magistrado que analise os devidos fundamentos.

Nesse mesmo sentido Júdice afirma que a prisão preventiva só pode ser aplicada se o magistrado considerar as outras medidas de coação inadequadas ou insuficientes. Portanto, o encarceramento preventivo “exige que seja demonstrado pelo juiz que, para

¹⁶⁹ FERRAJOLI, 2014, p. 513-514.

¹⁷⁰ ISASCA, 2003, p. 369.

¹⁷¹ ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência da tutela penal: como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 2, fasc. 1, p. 178, jan./mar. 1992.

¹⁷² ANTUNES, 2003, p. 1258.

além de uma dúvida razoável nenhuma outra medida tem suficiente adequação aos fins cautelares existentes¹⁷³”.

Assim, a excepcionalidade da prisão preventiva tem como raiz o princípio da adequação e o princípio da proporcionalidade, sendo que o primeiro está voltado ao “interesse que se pretende cautelar; já o princípio da proporcionalidade traz que tais medidas devem ser proporcionais à gravidade do crime e às sanções previsíveis a serem aplicadas¹⁷⁴”.

Ora, a legitimação da intervenção penal, como assevera Rodrigues, deve-se orientar pela “direção preventiva”, não pode fundamentar-se em exigência de retribuição ou de pena de culpa, mas apenas em destinação preventiva¹⁷⁵.

O seu caráter excepcional, judicial, precário e intraprocessual, mencionado por Isaca traz que o encarceramento preventivo é de competência do magistrado que tão-só deverá aplicar em juízo de natureza indiciária e por culpa formada, posto que não possua um caráter sancionatório, mas sim o escopo de “possibilitar uma tramitação contínua e uniforme do processo, para que com a menor turbulência possível se chegue a decisão final¹⁷⁶”.

Em Portugal, “as medidas de coação e de garantia patrimonial são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e depois do inquérito mesmo oficiosamente, ouvido o Ministério Público, sob pena de nulidade”¹⁷⁷, salientando que o arguido tem o direito a intervir no inquérito oferecendo provas e requerendo diligências que forem necessárias para assegurar o princípio do contraditório¹⁷⁸.

No Brasil, também se trata de uma tarefa reservada exclusivamente ao Poder Judiciário, podendo esta ser aplicada de ofício pelo magistrado durante o curso da ação penal, ou requerida pelos interessados durante a fase investigatória ou no curso da ação¹⁷⁹.

¹⁷³ JÚDICE, José Miguel. *Prisão preventiva: um cancro que envergonha*. Lisboa: Revista Ordem dos Advogados, ano 64, p. 42, 2004.

¹⁷⁴ BARROS, 2000, p. 420.

¹⁷⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Da determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 237.

¹⁷⁶ ISASCA, 2003, p. 374 e 381.

¹⁷⁷ Artigo 194.º, n.º1 do Código de Processo Penal português.

¹⁷⁸ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *A prisão preventiva e as restantes medidas de coação: a providência do habeas corpus em virtude de prisão ilegal*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 106.

¹⁷⁹ MASSON, Cleber Rogério. Prisões cautelares: inovações promovidas pela Lei 12.403/2011. In: SANTIN, Valter Foletto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva (Org.). *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei n.º 12.403/2011*. São Paulo: Edições APMP, 2011, p. 30-31.

Mas ao contrário do sistema português, mesmo existindo a possibilidade da decretação da medida de coação no inquérito, o arguido em nada pode intervir durante esta fase.

Sabe-se que os Estados Democráticos de Direito possuem como pressuposto o princípio do direito à liberdade concomitantemente com o princípio da presunção de inocência; no entanto, sabemos que esse direito não é absoluto, podendo ser afastado para a aplicação da prisão preventiva, cuja mitigação é justificada em lei¹⁸⁰.

Com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou francamente em crise, não havendo mais freios ao uso e abuso da prisão preventiva e à sua aberta legitimação, sem jogo de palavras ingênuo, como “medida de segurança processual”, “necessária para defesa social” e indispensável sempre que o delito tenha desencadeado “grave clamor público”¹⁸¹.

Ora, não se devem esquecer as premissas garantísticas aduzidas por Ferrajoli, onde não se pode punir um cidadão apenas para satisfazer a vontade ou o interesse da sociedade – mesmo que a sociedade seja uma maioria esmagadora, não se deve admitir que a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão possa se tornar legítimo¹⁸².

No entanto, na busca de assegurar estes princípios constitucionais, principalmente pelo fato da prisão preventiva ser uma exceção, o legislador procurou estabelecer limites na sua aplicação, ou seja, trouxe diversos fundamentos relativos às medidas de coação, principalmente a prisão preventiva.

É ululante, como assevera Veiga que a aplicação da prisão preventiva, antes do apuramento em definitivo do crime e da respectiva sanção, encontra-se na não possibilidade de um juízo imediato sobre os fatos, num momento em quem se busca garantir interesses essenciais à boa administração da justiça, precavendo os inconvenientes que resultariam caso o arguido continuasse em liberdade¹⁸³.

É preciso registrar que a prisão preventiva não pode ser considerada como um começo do “cumprimento de uma pena por um cidadão que não foi condenado (e nem

¹⁸⁰ Oriundo do princípio da proporcionalidade, disposto no artigo 18º, nº 2 da Constituição portuguesa, o princípio da excepcionalidade da prisão preventiva, previsto no artigo 27.º, n.º3, alínea b, dispõe que a prisão preventiva deve ser considerada como uma exceção ao direito à liberdade.

¹⁸¹ FERRAJOLI, 2014, p. 509.

¹⁸² Ibid., p. 505-506.

¹⁸³ VEIGA, 2004, p. 46.

sequer acusado de nada)¹⁸⁴”, ratificando a concepção de que esta só deve ser aplicada em casos limitados e devidamente fundamentada.

Sabendo que as medidas de coação se utilizam, em muitos casos, como ponderação¹⁸⁵ para sua aplicação a proporcionalidade “à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas¹⁸⁶”.

Ratificando, Maia Costa menciona que a prisão preventiva está proporcional “à medida das penas, e não à necessidade de utilização das medidas de coação e à consequente restrição dos direitos do arguido, pois um crime pode ser punido em abstrato com uma pena muito grave e não haver razões cautelares para impor a prisão preventiva ao arguido¹⁸⁷”.

Nesse esteio, temos o princípio da proporcionalidade que é considerado para Vilar uma peça chave na regulação da prisão provisória, de maneira que seja uma medida que equilibre a necessidade de manter e de respeitar a ordem social, com o direito e com o respeito à liberdade individual do acusado¹⁸⁸.

Assim, aplicando o princípio da proporcionalidade, deve adotar-se, em qualquer caso, alternativa menos gravosa para o direito fundamental à liberdade pessoal. Dando surgimento a outro princípio da prisão preventiva – princípio da subsidiariedade.

Constituída na asserção da *ultima ratio*, o legislador buscou instituir uma hierarquia, de maneira que a prisão preventiva só será aplicada nos casos em que as demais medidas de coação forem consideradas inadequadas ou insuficientes.

Com esse breve aporte, resta evidenciado que a aplicação da prisão preventiva possui, também, por base o princípio da subsidiariedade. Contudo, apesar de ser utilizada se forma subsidiária, o fato desta utilizar como fundamento a premissa dos fortes indícios e não as provas concretas aumentam a possibilidade de erros e falhas, tolhendo, em certos casos, a liberdade de um inocente.

A Constituição portuguesa traz em seu dispositivo 28.º, n.º2 de forma expressa o princípio da subsidiariedade na seguinte redação: “A prisão preventiva tem natureza

¹⁸⁴ JÚDICE, 2004, p. 41.

¹⁸⁵ SCREVENS, 1990, p. 108.

¹⁸⁶ ANTUNES, 2003, p. 1254.

¹⁸⁷ COSTA, E., 2003, p. 101.

¹⁸⁸ VILAR, Silvia Barona. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Libreria Bosch, 1988, p. 18.

excepcional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei”.

Entretanto, o princípio da subsidiariedade nem sempre foi aplicado no ordenamento português, uma vez que antes a norma preceituava que sempre que o crime tivesse pena de prisão de máximo superior a oito anos era obrigatório justificar a não aplicação da prisão preventiva – sendo chamados de delitos incaucionáveis. E somente em 1987 é que tal instituto foi revogado, tornando a decretação da prisão preventiva *ultima ratio*.

Já no ordenamento jurídico brasileiro encontramos o dito princípio no disposto 282, § 6º do Código de Processo Penal que dispõe que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Destarte, Antunes expõe que o princípio mencionado deve ser entendido como uma exigência acrescida de fundamentação do despacho que a decreta. Assim, em todas as “decisões devem constar as razões da aplicação da prisão preventiva, com especificações das circunstâncias que fundamentam a exigência processual de natureza cautelar invocada, bem como as razões da inadequação ou insuficiência das outras medidas¹⁸⁹”.

Por fim, temos o princípio da precariedade como um importante balizador na aplicação da prisão preventiva, de maneira que “as medidas de coação, porque impostas ao arguido presumido inocente, não devem ultrapassar a barreira do comunitariamente suportável¹⁹⁰”.

Logo, pode-se afirmar que este princípio é uma consequência do princípio da necessidade e adequação¹⁹¹, pois a prisão preventiva deve ser revogada imediatamente quando não estiverem mais presentes os motivos que levaram à sua decretação; ou nos casos em que as medidas que justificaram sua aplicação tenham sido atenuadas, tal medida deve ser substituída por uma menos gravosa.

Partindo desse fundamento, o ordenamento jurídico português criou sistemas para dar eficácia a este fundamento, como o sistema de suspensão previsto no artigo 211 do Código de Processo Penal português no despacho que aplicar a prisão preventiva ou

¹⁸⁹ ANTUNES, 2003, p. 1255.

¹⁹⁰ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *As medidas de coação no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 66.

¹⁹¹ ANTUNES, op. cit., p. 1257.

durante a sua execução o magistrado poderá estabelecer a suspensão da medida por força do estado de saúde do arguido.

Vemos de forma mais nítida a aplicação do princípio da precariedade na aplicação do artigo 212.º do Código de Processo Penal português que traz a revogação ou substituição da prisão preventiva pelo magistrado de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do arguido, sempre que a medida for aplicada fora das hipóteses elencadas na legislação ou quando não existirem mais motivos para sua manutenção.

Temos ainda em Portugal outro importante sistema de aplicação da prisão preventiva vinculado ao princípio em tela – o reexame dos pressupostos desta medida. Este instituto, exposto no artigo 213 do Código de Processo Penal português, traz que o magistrado, seja oficiosamente ou a requerimento de interessados, deve efetuar o reexame de três em três meses para verificar se ainda existem os motivos que deram fundamento à sua decretação, e só assim é que deve decidir se a prisão preventiva deve se manter ou não.

Segundo Maia Costa, a obrigação do reexame oficioso trimestral é a única regra específica da prisão preventiva, assegurando, para os operadores, a prisão preventiva como uma medida excepcional¹⁹².

Por fim, o ordenamento português prevê prazos de duração máxima da prisão preventiva, estabelecendo limites, os quais se observarão no próximo capítulo.

Já o ordenamento brasileiro, fundamentado, ainda, no princípio da precariedade, só dispõe da revogação ou substituição da prisão preventiva em caso de ausentes os requisitos que autorizam a sua decretação, conforme dispositivo 321º do Código de Processo Penal brasileiro.

Nesse aporte, em um Estado de Direito que se intitula democrático e social, partindo da lógica processual-penal e garantística¹⁹³, tais princípios citados devem ser observados de maneira imprescindível, pois a prisão preventiva “por se tratar de um meio coercitivo, que se traduz efetivamente numa “agressão” fundamentada na prevalência do interesse na defesa das condições essenciais de existência comunitária, assume particular relevo imperativo constitucional¹⁹⁴”.

Por outro lado, sabe-se que apesar dos fortes indícios que o arguido tenha cometido o delito, não podemos considerá-lo culpado, assegurando o direito à presunção

¹⁹² COSTA, E., 2003, p. 98.

¹⁹³ VEIGA, 2004, p. 52.

¹⁹⁴ ALMEIDA, J., 1982, p. 734-735.

de inocência. Mas caso ele venha a ser considerado culpado, surge o instituto da detração, que se trata do abater na pena privativa de liberdade o tempo em que perdurou a prisão preventiva, ou seja, esse desconto se dá na pena definitiva aplicada.

O sistema Processual Penal justifica o desconto por se tratar de uma questão de justiça. Não se pode admitir de forma nenhuma que ocorra o cumprimento antecipado.

É importante frisar que o arguido pode ser preso preventivamente e posteriormente ser absorvido e nada ter corrido errado. Isso porque houve razões para o processo penal em que foi constituído o arguido, como também existiam razões processuais penais de natureza cautelar que impuseram que fosse preso - outra coisa é saber se aquele era ou não o autor do crime. Pois, como assevera Gomes, a prisão preventiva é uma providência cautelar destinada a assegurar o cumprimento das obrigações a que o arguido se encontra sujeito durante o curso do processo. E por se tratar de um acentuado gravame para os direitos individuais, principalmente pelo fato do arguido não ser, necessariamente, o culpado, a preocupação dos sistemas processuais penais, em assegurar o cumprimento das obrigações decorrente do arguido¹⁹⁵.

Trazendo dados estatísticos acerca da aplicação da prisão preventiva no ordenamento português, Bastos afirma que “em 2003, dos 2156 arguidos que estiveram sujeitos a prisão preventiva no próprio processo à data do julgamento, 114 foram absolvidos e 488 foram condenados em pena diferente da prisão efectiva, estes arguidos estiveram, em média, 298 dias de prisão preventiva”¹⁹⁶.

Estes dados apresentados justificam a cautela para aplicação da prisão preventiva, pois não só em Portugal, como também outros países, não se atinge 100% da massa carcerária preventiva com a efetiva condenação.

Nesse esteio, surge outra preocupação com a aplicação da prisão preventiva, pois a excessiva necessidade de punição, principalmente devido ao clamor da sociedade acabou por acarretar uma banalização do instituto, ou porque há uma facilidade formal exigida para a decretação desta – gerando assim uma superlotação – efeito que veremos em nosso próximo ponto.

¹⁹⁵ GOMES, Alfredo Allen. *Liberdade provisória e prisão preventiva sem culpa formada*. Lisboa: Ed. Império, 1973, p. 21.

¹⁹⁶ BASTOS, Maria Manuel. Execução da prisão preventiva algumas questões. *Scientia Iuridica*. tomo LV, n. 205, p. 677, jan./mar. 2006.

4.4 Efeitos

Mesmo tendo em sua natureza o desígnio de ser uma medida cautelar, a aplicação da prisão preventiva gera alguns efeitos perversos, prejudicando não só o arguido, mas também a sociedade como um todo.

Um efeito que gera bastante preocupação no sistema penal é a superlotação, posto que, apesar da prisão preventiva ser de natureza cautelar postulada no princípio da excepcionalidade, há ordenamentos que estão, de certa maneira, banalizando sua aplicação, estimulando, assim, o aumento da massa carcerária.

No que tange à superlotação, as prisões cautelares no Brasil são excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro decretar a medida, para depois ir atrás de provas que possam legitimar a sua decretação. Desta forma, observa-se que há certa inversão, “pois se prende para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*¹⁹⁷”. Ora, a prisão cautelar não pode ser uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral e especial de retribuição.

A aplicação da prisão preventiva no Brasil, com base em dados estatísticos fornecidos nos últimos doze anos, teve um aumento considerável, chegando a alcançar 44% dos encarcerados no ano de 2010. Entretanto, com algumas alterações legislativas¹⁹⁸, ocorreu uma significativa redução da massa carcerária provisória alcançando o patamar de 40% em dezembro de 2012¹⁹⁹.

Em Portugal a porcentagem de presos preventivamente possuía um efeito preocupante, uma vez que na maioria das vezes tal estatística vinha se mantendo acima dos 30%, chegando, em alguns períodos, a superar os 40%²⁰⁰. Este fato se dava por a prisão preventiva ser considerada um dos principais instrumentos para o combate à continuação

¹⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 792.

¹⁹⁸ Com o advento da Lei nº 12.243/2011.

¹⁹⁹ INFOPEN. *Relatórios Estatísticos - Analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação – Brasil*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

²⁰⁰ COSTA, E., 2003, p. 103.

criminosa. No entanto, as expectativas da massa carcerária preventiva em 2014 são de 16,4% da massa total²⁰¹.

Preocupados em reduzir a massa carcerária, o ordenamento jurídico brasileiro e português vem adotando medidas alternativas para reduzir a população carcerária preventiva. A substituição do cárcere por monitoramento eletrônico, que, apesar de ter sido criado em 1978 nos Estados Unidos da América, começou a ser aplicado em Portugal desde 2003 e atualmente é considerado como uma medida efetiva, e no Brasil esta medida só passou a ser aplicada em 2010 – e atualmente sua aplicação ainda está a passos lentos.

As prisões preventivas, infelizmente, transformaram-se em uma dinâmica da urgência, de maneira que a opinião pública exerce uma influência expressiva buscando uma utópica justiça instantânea. Sendo assim, a prisão imediata vem sendo utilizada para “construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça²⁰²”.

É importante salientar que o aumento da aplicação da prisão preventiva produz, também, um aumento de trabalho para os magistrados, o que acaba por impedi-los de analisar com maior zelo o caso, ou, ainda, porque se busca amenizar a sensação de impunidade que aflige o país, em razão de que é sabido que a justiça é vagarosa ao julgar e que a sociedade almeja a prisão, e isso acaba por fomentar a eventual sentença condenatória com o fim de garantir segurança.

E como se não fosse suficiente, existe um forte efeito da prisão preventiva sobre o julgamento do mérito. De modo que a sua decretação aumenta sensivelmente para o arguido os riscos de ser condenado ou receber uma condenação severa, sendo, com frequência, considerado culpado.

A incerteza do seu destino é um dos efeitos que mais lesionam a figura do arguido. Tal efeito se potencializa quando está presente a dupla incerteza, pois além da dúvida no desfecho do seu processo, existe em alguns ordenamentos a incerteza de quanto tempo irá durar sua prisão preventiva.

Como acentua Júdice, apesar de ser uma medida cautelar, a prisão preventiva opera, na maioria das vezes, como uma “pré-punição” e mesmo que ocorra uma posterior absolvição, a sociedade já o tem condenado sumariamente; assim, de forma consistente, o

²⁰¹ ICPS – International Centre for Prison Studies. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/portugal>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

²⁰² LOPES JUNIOR, 2012, p. 793.

autor afirma que “muitos podem entrar inocentes nas prisões, mas delas poucos conseguem sair inocentes²⁰³”.

E mesmo sem a condenação efetiva, este instituto representa sempre uma grave supressão dos princípios da liberdade individual e da presunção de inocência, concebendo, assim, um cruel efeito ao arguido – a estigmatização.

Em princípio, a aplicação da prisão preventiva afeta diversos direitos fundamentais da pessoa humana; além da liberdade pessoal e da presunção de inocência, esta afeta, também, a igualdade social, pois o estigma que a passagem pela prisão significa para uma pessoa acaba gerando uma desigualdade ante a sociedade.

O estigma de culpado que o cárcere gera na pessoa do suposto infrator na maioria das vezes perdura mesmo que este venha a ser absolvido. Após a prisão a sociedade passa a considerá-lo como delinquente, fechando as portas do mercado de trabalho, trazendo transtornos irreparáveis à sua vida. E o fato de ser rechaçado pela sociedade traz ao indivíduo um sentimento de revolta podendo transformá-lo no verdadeiro delinquente.

Teixeira de Sá afirma que o efeito estigmatizante da prisão preventiva é bem próximo ao da pena, pois “aos olhos do juízo social, se o arguido está “preso”, então é culpado²⁰⁴”.

A prisão preventiva, sob certo ponto de vista é mais agressiva que a prisão, até porque se pode chegar à conclusão que não se cometeu crime nenhum. E a ausência da ressocialização inerente à pena traz aos custodiados danos irreparáveis. Na prática, a exemplo no Brasil, os presos preventivos são postos na mesma cela que os apenados definitivos, sendo que a estes últimos são aplicados princípios ressocializadores, direito que poderia ser aplicado a também aos outros, sem menosprezar o princípio da presunção de inocência.

Não se pode fechar os olhos para o perigo que é o contato do preso preventivo com os condenados, entendendo que o provisório acaba por ser influenciado com as subculturas carcerárias que produzem um efeito criminógeno²⁰⁵ implicando na descoberta do mundo delitivo. Em que pese existe previsões normativas que prescrevem uma grande separação entre uns e outros, mas na prática é bem diferente.

²⁰³ JÚDICE, 2004, p. 42.

²⁰⁴ SÁ, 1999, p. 394.

²⁰⁵ SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano18, n. 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 298, set./out. 2010.

Nesse diapasão Rico assevera que a prisão preventiva compõe um dos mais claros e graves exemplos de interferência do poder do Estado na liberdade do indivíduo, sem que já exista uma sentença judicial, justificando-se no delito a ser apurado²⁰⁶.

O suposto benefício processual em tela, originará um dano muito maior no futuro, seja no aspecto pessoal onde existirá o aviltamento da saúde e bem-estar físico do arguido, como também no aspecto social, onde o arguido potencializará sua lesividade à sociedade.

Sem falar que esta medida além de retirar a liberdade e a dignidade do processado, causa um abalo psíquico e moral não só ao arguido, como também a todos que são próximos, inclusive a toda sua família, repercutindo, ainda, como referencia Sanguiné, nos aspectos patrimoniais e profissionais do acusado, os quais nunca retornarão ao estado anterior, mesmo com sentença absolutória²⁰⁷.

Nas palavras de Carnelutti, “é necessário algo mais para advertir que a prisão do imputado, junto com sua submissão, tem, sem embargo, um elevado custo. O custo se paga, desgraçadamente, em moeda justiça, quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente, e já sofreu como inocente uma medida análoga à pena. É importante não esquecer que, se a prisão ajuda a impedir que o imputado realize manobras desonestas para criar falsas provas ou para destruir provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça, porque, ao contrário, impossibilita de buscar e de proporcionar provas úteis para que o juiz conheça a verdade. A prisão preventiva do imputado se assemelha a um daqueles remédios heroicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque pode curar o enfermo, mas também pode ocasionar-lhe um mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia, e, sobretudo, com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas ah se este abusa dela!²⁰⁸”.

A tutela dos direitos fundamentais constitui o objetivo justificante do Direito Penal; apesar de sua satisfação, na maioria das vezes tende a ir de encontro dos interesses da sociedade. É justamente a garantia dos direitos à dignidade, liberdade entre outros já estudados que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o Direito Penal e o próprio princípio majoritário²⁰⁹.

²⁰⁶ RICO, José María. *Justicia Penal y transición democrática en América Latina*. Cidade do México: Siglo Veintiuno Editores, 1997, p. 260.

²⁰⁷ SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y Derechos Fundamentales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003, p. 73.

²⁰⁸ CARNELU TTI, Francesco *apud* LOPES JUNIOR, 2012, p. 793.

²⁰⁹ FERRAJOLI, 2014, p. 312.

Entretanto, mesmo que inspirado nos valores democráticos, o sistema do processo penal deve primar por seus fundamentos e não agir no mero clamor da sociedade. E mesmo que a prisão preventiva vise prevenir a prática de novos delitos, sua aplicação fundada apenas nesse pressuposto, da “perigosidade²¹⁰” do agente, deixa de ter o caráter cautelar para ter o caráter punitivo.

²¹⁰ COSTA, E., 2003, p. 98.

CAPÍTULO III

UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS PRISÕES PREVENTIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO LUSO E BRASILEIRO E SUAS POSSÍVEIS ALTERAÇÕES

5 Da análise

No decorrer do estudo ficou evidenciado que a prisão preventiva no ordenamento português trata-se de uma medida de coação, limitada por sua cautelaridade; diferentemente, o ordenamento brasileiro não tem essas medidas como uma forma de coação, mas uma medida cautelar em si. No entanto, em ambos os ordenamentos esta medida é aplicada com o desígnio de restringir a liberdade do arguido, sem ter caráter sancionatório – uma vez que é aplicada antes do trânsito em julgado de uma sentença.

Qualificando sua natureza meramente processual, a prisão é decretada durante a persecução penal; logo, não há o que se falar em culpa formada, devendo ser aplicada com o fundamento do *fumus comissi delicti* e o *pericula libertatis*, como já foi visto no capítulo anterior.

O rol de exigências para decretação da prisão preventiva seja em Portugal ou no Brasil, é considerado taxativo e “rigoroso”²¹¹; apesar de que, ao analisar de forma crítica encontrar-se-á em algumas exigências uma aplicação subjetiva, deixando para o magistrado interpretar e aplicá-la conforme o seu entendimento, como é o caso da análise dos fortes indícios.

Essa ausência de um conceito para o que venha ser “fortes indícios” é relacionada ao fato de esta expressão ser empregada com um sentido próximo do comum, sem critérios normativos específicos, originando uma constante problemática nos países em tela; pois, o que, para determinados magistrados, possa ser considerado um forte indício, para outros pode não ser, trazendo uma insegurança e certo temor para que esta não seja aplicada de forma arbitrária.

É importante salientar que, de maneira errônea, este “conceito” está diretamente vinculado à personalidade do arguido e à gravidade do crime que supostamente ele tenha cometido, olvidando a relação probatória da autoria e materialidade do delito.

²¹¹ LOPES, António Mouraz. A responsabilidade do Estado pela privação da liberdade decorrente da prisão preventiva. *Revista do Ministério Público*, ano 22, n.88, p. 82, out./dez. 2001.

Ora, os magistrados vinculam de forma amiúde a gravidade do delito à suficiência de indícios, e, conseqüentemente, à probabilidade de condenação no final da fase de julgamento. Mas como chegar a essa probabilidade?

Partindo do princípio que toda probabilidade é uma convicção humana e não uma relação com a gravidade do fato, existem aqueles que adotam a justificativa dos indícios suficientes como uma espécie de balança, onde se deve verificar se existe a “probabilidade mais positiva do que negativa”²¹², mas há quem defenda que tais indícios são sinônimos de uma verdadeira formação da convicção, de modo que seja considerada “altamente provável a futura condenação”²¹³.

Nesse aporte, o ordenamento português vem se posicionando no seguinte sentido:

1. Impõe-se, em caso de conclusões prolixas ou confusas, descosidas, ambíguas, equívocas, desconexas, que o recorrente as repare, sob pena de ver sucumbir o recurso. Contudo, tal torna desnecessário se, do cotejo das conclusões com o «corpo» da motivação resultar, com um mínimo de clareza, que o recorrente faz dissidência relativamente à decisão revidada quanto ao que configura como uma deficiente interpretação do disposto nos arts. 191.º, 193.º, 195.º, 196.º, 202.º e 204.º, do CP P, como normas violadas, apesar de não citadas nas conclusões.
2. Quando a lei, como requisita da aplicação de prisão preventiva, fala em fortes indícios pretende exigir uma indicição reforçada, filiada no conceito de provas sérias.
3. O perigo de continuação da actividade criminosa ocorre quando, em concreto, se verifica indicição de uma situação de indigência profissional do arguido e da sua dependência do comércio de psicotrópicos, acrescendo que, ao tempo dos factos, o arguido se encontrava submetido (sem êxito cauteloso) a medida de coacção de apresentações policiais, medida que, não acautelou suficientemente o prosseguimento da actividade delitativa em questão.
4. Importa destacar que a decisão que impõe a prisão preventiva, apesar de não ser definitiva, é intocável e imodificável enquanto subsistirem os pressupostos que a ditaram, isto é, enquanto não houver alteração das circunstâncias que a justificaram (Proc. 1322/05 3ª Secção Desembargadores: Clemente Lima - Isabel Duarte - António Simões – Sumário elaborado por João Ramos)²¹⁴.

No mesmo esteio assim se posiciona o ordenamento brasileiro:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E DISPARO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DELITIVA. PRESENÇA. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE CONCRETA E PERICULOSIDADE DOS ENVOLVIDOS. GARANTIA DA

²¹² SILVA, Germano Marques da. *Do Processo Penal Preliminar*. Lisboa: Editora Minerva, 1990, p. 348.

²¹³ DIAS, 2004, p. 133.

²¹⁴ PORTUGAL. *ACRL de 18-05-2005*. Tráfico de droga. Conclusões de recurso deficientes. Prisão preventiva, fortes indícios. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?Codarea=57&nid=2952>. Acesso em: 03 ago. 2014.

ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Para a decretação da prisão preventiva, não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que, pelo cotejo dos elementos que instruem o mandamus, se fazem presentes. 2. A análise acerca da negativa de autoria veiculada na inicial é questão que não pode ser dirimida na via sumária do habeas corpus, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal. 3. Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta dos delitos em tese praticados e da periculosidade dos agentes envolvidos. 4. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia.

PRISÃO CAUTELAR. INCIDÊNCIA DA LEI 12.403/2011. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE MOTIVAÇÃO PARA A SEGREGAÇÃO CORPORAL. GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS. INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES. CONSTRANGIMENTO AUSENTE. 1. Inviável a incidência de medidas cautelares diversas da prisão ao recorrente, uma vez que, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal, a aplicação das referidas medidas não se mostraria adequada e suficiente diante da gravidade concreta dos delitos pelos quais é acusado o paciente, diante das circunstâncias em que cometidos. 2. Recurso improvido²¹⁵.

Por fim, resta evidenciado o quão perigoso é o fundamento dos “indícios suficientes” devido ao fato de este ser um fundamento subjetivo, deixando nas mãos do magistrado considerar ou não como suficiente.

Outra crítica a ambos os ordenamentos se vincula ao fundamento citado anteriormente, posto que a valoração da prova indiciária restringe de maneira desproporcional e injustificada as garantias de defesa do arguido no curso do processo penal, mitigando o princípio da presunção de inocência.

No Brasil não são apenas os indícios suficientes que são subjetivos, mas, também, a decretação sob o fundamento de assegurar a ordem pública, que, por si só, é explicitada de forma vaga e imprecisa pela legislação brasileira.

Como já foi visto a ordem pública, utilizada pelo magistrado na busca de satisfazer as exigências sociais de segurança ou de acalmar o desassossego social, delega, de certa maneira, a função da polícia ao judiciário, sendo estranha a sua finalidade processual. Nessa senda Lima afirma que a “decisão que decreta a prisão preventiva com base neste fundamento é (sempre) autoritária, vez que tal locução não é suscetível de prova ou de refutação. Por tais razões, ofende os axiomas (garantistas) da *nulla accusatio sine*

²¹⁵ STJ - RHC: 36466 SC 2013/0083450-6, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 14/05/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2013.

probatione – não se pode admitir uma segregação que não esteja embasada num fundamento concreto e que não esteja definido pela legislação – e da *nulla probatio sine defensione* – não há possibilidade de se exercer a defesa pela impossibilidade de se realizar contraprova”²¹⁶.

Pode se observar que na segunda parte do nosso primeiro capítulo o garantismo surge como uma espécie de contrapoder, onde as garantias penais e processuais penais são, de certa maneira, técnicas de minimização do poder institucionalizado; outrossim, são essas garantias que consentem um controle da legalidade e reprimem o autoritarismo.

Ora, ao admitir fundamentos com um caráter extremamente subjetivo, estar-se-á dando espaço para prática de um poder autoritário, característico de um sistema inquisidor. Destarte, deve-se refutar a decretação de prisões preventivas baseadas meramente em tais fundamentos, pois estes acabam por converter a medida cautelar em pena.

Sob a ótica do garantismo Wedy afirma que o arguido deve comparecer livremente perante o juiz, para que assim possa ser assegurada a sua dignidade, a sua presunção de inocência e que este possa organizar sua defesa em pé de igualdade com a acusação²¹⁷. Na verdade o garantismo prima que a finalidade da prevenção e da defesa social seja compatível com os princípios constitucionais vistos em nosso primeiro capítulo.

Esta preocupação tem suporte no direito à liberdade, que só pode ser mitigada havendo restrição explícita na Constitucional e na Lei, sendo admitida em circunstâncias excepcionais²¹⁸. Logo, todos possuem direito à liberdade; no entanto, este poderá ser afastado dentro de determinados limites, “nomeadamente” com a decretação do instituto da prisão preventiva²¹⁹.

Outra problemática que tange a aplicação da prisão preventiva é a falta de estrutura carcerária, pois, diferente do ordenamento português, os presos preventivos no Brasil ficam juntos com os condenados, ou seja, o que deveria ser um mero instrumento com fins processuais acaba se tornando uma pré-execução da pena privativa de liberdade.

Esta aplicação de forma errada gera sérias consequências à figura do arguido, que, além de ser tratado como condenado, mesmo antes do trânsito em julgado, lhe é imputado

²¹⁶ LIMA, Camila Eltz de. A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva: (in) constitucionalidade à luz do garantismo penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 11, p. 158, 2003.

²¹⁷ WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 151.

²¹⁸ LOPES, A., 2001, p. 71.

²¹⁹ VEIGA, 2004, p. 35.

o estigma de delinquente, o que afeta de forma direta a sua vida social e indiretamente a vida dos mais próximos e familiares.

No entanto, apesar de as críticas anteriores serem bastante contundentes, a que suscita maior atenção e por possuir uma maior problemática refere-se à questão dos prazos da prisão preventiva, principalmente no sistema brasileiro, devido à sua ausência.

Em Portugal o Código de Processo Penal já prevê a utilização de prazos para a prisão preventiva, optando por limitá-la “em função da fase processual em que se encontra o processo²²⁰”. Fundamentado no princípio da precariedade, o citado *códex* dispõe em seus artigos 215.º, 217º e 218.º com raízes no artigo 28.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa legitima o prazo máximo das medidas de coação.

No que se refere aos prazos da prisão preventiva, o acúmulo de alterações legislativas compôs um mosaico normativo “confuso e incoerente²²¹” sobre sua evolução, exigindo, assim, uma atenção redobrada ao falar destes.

O artigo 215.º do Código de Processo Penal português traz uma contagem de prazos progressiva, indo de acordo com a fase processual, como também o tipo de infração o qual está sendo imputado ao arguido. Inicialmente o artigo possui a seguinte redação:

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.

Esses lapsos temporais surgem como base para contagem dos demais prazos previstos no mesmo disposto, podendo chegar até três anos e quatro meses nos casos em exista uma excepcional complexidade devida à quantidade de arguidos ou de vítimas ou o caráter altamente organizado do crime, conforme nº3 do citado artigo. Este prazo, ainda, pode ter o aumento de seis meses se houver recurso ordinário para o Tribunal Constitucional ou nos casos de o processo penal ter sido suspenso para julgamento em outro tribunal de questão prejudicial, ou seja, o prazo final pode chegar até três anos e dez meses em tais situações.

²²⁰ ALBUQUERQUE, 2011, p. 617.

²²¹ COSTA, E., 2003, p. 99.

Apesar de esses prazos serem divididos em fase, se o arguido for libertado em uma fase processual por ter atingido o limite da prisão preventiva, este poderá voltar a ser preso quando houver a mudança de fase caso ainda estejam presentes as razões que determinaram a sua prisão, “desde que se não tenha ainda atingido o máximo global referido no art. 215.º do Código de Processo Penal português.

Antunes ensina que esses prazos são estabelecidos aspirando o “limite máximo de duração que é razoável estabelecer, atendendo à fase processual da causa, à natureza do crime, à complexidade do procedimento, sem perder de vista a injunção constitucional de que o arguido deve ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”; como, também, a proporcionalidade de uma limitação da liberdade de um cidadão presumido inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória”²²².

Ora, será que realmente existe uma proporcionalidade de tal limitação? Não se pode esquecer que até o trânsito em julgado o arguido tem assegurado o princípio da presunção de inocência, mas como não lesionar esta garantia constitucional se o arguido pode passar até três anos e dez meses encarcerado preventivamente? E onde está o fundamento da precariedade da medida?

Canotilho se posiciona no sentido de que “a fixação da prisão preventiva cabe à lei, que tem uma relativa margem de liberdade de conformação, observando 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 de excesso”²²³.

Estas perguntas estão sempre em discussão por estudiosos do assunto, pois mesmo existindo estes prazos no ordenamento português, o fato de serem demasiadamente extensos acarreta lesões de natureza constitucional e na maioria das vezes de maneira irreparável.

Maia Costa critica que esses prazos “desmesurados” conflitam com o princípio da proporcionalidade, como também da presunção de inocência, pois submetem o arguido a uma longa duração de privação da sua liberdade antes de uma condenação transitada”²²⁴.

²²² ANTUNES, 2003, p. 1258.

²²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 490. v. I.

²²⁴ COSTA, Eduardo Maia. Prisão preventiva: medida cautelar ou pena antecipada? *Revista do Ministério Público*, ano 24, n. 96, p. 100, out./dez. 2003.

Nesse mesmo esteio Alves fala que “não se justificam nem são admissíveis prazos de duração tão elevados. Não se justifica manter alguém preso seis meses, oito meses ou um ano sem o acusar formalmente de nada”. O citado autor segue ainda criticando que não é só “chocante” quando o indivíduo for absolvido, como também quando este venha ser condenado, pois “não se pode ter como bálsamo do sistema passar a considerar uma medida de caução como uma antecipação da pena, numa alquimia inaceitável²²⁵”.

Brandão entende que o Código de Processo Penal português teve como baliza os princípios constitucionais da legalidade, da proibição do excesso, nas suas vertentes de necessidade, adequação e proporcionalidade, da precariedade e da subsidiariedade da prisão preventiva²²⁶.

Partindo da premissa que toda pessoa detida possui o direito a ser julgada num prazo razoável ou a ser posta em liberdade no curso do processo, o artigo 5º n.º 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem impõe a libertação da pessoa a partir do instante em que a sua detenção deixa de ser razoável, ou seja, desde o instante em que a privação da liberdade extrapole os limites que se podem aplicar a uma pessoa presumida inocente. Destarte, o artigo 5º, n.º3 propende exclusivamente a evitar que as prisões preventivas se prolonguem excessivamente e tenham uma duração excessiva²²⁷. Mas o que pode ser considerado um prazo razoável para quem tem sua liberdade ceifada?

O Tribunal Europeu já se posicionou no sentido de que os prazos devem ser analisados a cada caso concreto de modo que, em determinadas situações, já considerou o prazo de dois anos “irrazoável”, como teve situações em que considerou o prazo de cinco anos razoável²²⁸.

Já a legislação brasileira dispõe que não existe prazo determinado para a duração da prisão preventiva, a regra é que perdure até quando for necessário. Claro que esta ideia de necessário deve respeitar a razoabilidade de duração, atendendo sempre os princípios da proporcionalidade e necessidade.

O artigo 316º do Código de Processo Penal brasileiro afirma que esta medida se faz necessária enquanto estiverem presentes os motivos que fomentou a sua decretação.

²²⁵ ALVES, Rogério. Prazo da prisão preventiva devem ser revistos. *Vida Judiciária*, n. 71, p. 8, 2003.

²²⁶ BRANDÃO, 2008, p. 83.

²²⁷ BARRETO, Ireneu Cabral. Notas sobre o direito à liberdade e à segurança : análise do artigo 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem à luz da jurisprudência da Comissão e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista portuguesa de ciência criminal*, ano 2, fasc. 3, p. 465, jul./set. 1992. ISSN 0871-8563.

²²⁸ *Ibid.*, p. 466.

Mas como provar que este indivíduo, o qual sua prisão preventiva foi decretada sob o fundamento de garantir a ordem pública, não irá mais cometer novos crimes ou causar uma repercussão danosa e prejudicial no meio social se em liberdade permanecer?

Vale lembrar que no instituto da prisão preventiva não existe a ressocialização, posto que não se trata de uma execução da pena. Então, como afastar esse fundamento tão subjetivo, se o indivíduo que permanece no cárcere não recebe políticas ressocializadoras? Muito pelo contrário, pois como já foi visto, no sistema brasileiro estes ficam nas mesmas celas de indivíduos já condenados.

O fato de não existir na legislação brasileira dispositivo limitando, de fato, o prazo, é extremamente perigoso e perverso, visto tal ausência criar situações absurdas, como, por exemplo, pessoas presas cautelarmente por mais tempo do que ficariam se condenadas fossem. O sistema brasileiro postula que o julgamento deve ocorrer dentro do prazo mais efêmero possível, de maneira que o prazo da prisão preventiva deve se basear na razoabilidade, no bom senso, devendo também ser observado o caso concreto, para que fatores relacionados à quantidade de arguidos, de vítimas e da complexidade como um todo sejam levados em consideração no momento de verificar o lapso temporal.

No entanto, os tribunais vêm se posicionando no sentido de que a duração do processo deva ser encerrada em no máximo oitenta e um dias – trata-se de uma somatória dos prazos de cada fase processual nas situações em que o réu se encontra preso. Não obstante esta limitação temporal por fase, tendo esta sido ultrapassada o arguido não é posto em liberdade, se ainda existirem motivos para mantê-lo encarcerado.

No Brasil não é difícil encontrar casos em que o arguido é mantido preso preventivamente por períodos de 5 anos. Questiona-se: será este um prazo razoável? Ora, é inadmissível que uma medida com pressupostos cautelares não tenha nenhuma cautela com relação aos seus prazos.

Nos ensinamentos de Canotilho “a prisão preventiva não pode deixar de ser temporalmente limitada e, de acordo com a sua natureza, estritamente limitada²²⁹”, principalmente pelo fato de não existir uma condenação.

Contudo, o que traz maior repulsa na aplicação da prisão preventiva no Brasil é o fato de que além desta medida ser utilizada para suprir a deficiência da segurança pública, o judiciário justifica, na maioria das vezes, que o excesso de tempo se dá devido a grande

²²⁹ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 489.

concentração de serviço para este. Ao aceitar tais justificativas, estar-se-á penitenciando o arguido por falhas na administração pública, como também pela morosidade da justiça.

Outrossim, é importante mencionar que no Brasil, ao contrário do que indica a política da *ultima ratio*, não há o que se falar em excepcionalidade. Pois, de maneira amiúde, o sistema decreta a prisão preventiva como primeiro plano, e só em momento posterior o arguido, depois de encarcerado, pode vir a requerer a substituição da prisão preventiva por outra menos gravosa.

Não se sabe qual é maior afronta aos direitos e garantias fundamentais do arguido, se é no sistema português que possui prazos acentuados, ou no brasileiro onde não existe determinação de prazos, fundamentando-se este último apenas em construção de jurisprudência que se deu na prática.

Não se pode esquecer que o instituto da prisão preventiva, dado o fundamento “último da prevenção – razão de utilidade – necessita pela sua função e possibilidade de utilização não jurisdicionalizada de um abstracto jurídico alicerçado numa organização de poderes e deveres do Estado e do Indivíduo que garanta a ambos um equilíbrio de actuação dentro da realização do Bem-Comum²³⁰”.

Tucci traz que o “poder-dever de punir encontra-se, sempre estreitamente relacionado com a realização do bem comum, que se traduz, em sua mais simples expressão, no convívio dos indivíduos, membros da comunhão social, em paz e liberdade”. Assim sendo, o respeito à liberdade está intrinsecamente vinculado ao poder-dever de punir, exercendo o Estado sua função de guardião das garantias individuais²³¹.

O instituto da prisão preventiva, observado sob a égide do garantismo penal, traz diversas violações, pois como já foi mencionado, o sistema garantista defende um processo penal como um mecanismo de segurança ao réu de que terá um processo no qual poderá defender-se amplamente das acusações que incidem contra si, e não como um mecanismo de punição.

É importante lembrar que o principal desígnio do garantismo é limitar o poder punitivo do Estado, procurando garantir os direitos fundamentais, individuais ou coletivos, sobretudo no que tange às garantias liberais e sociais que expressam a proteção dos cidadãos, bem como dos seus invioláveis direitos constitucionais.

²³⁰ ABREU, 1966, p. 10.

²³¹ TUCCI, Rogério Lauria. Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil. *Revista dos Tribunais*, a. 87, v. 755, p. 465, set. 1998.

Mas o que pode ser observado é que o instituto da prisão preventiva, apesar de ter sua natureza cautelar, vem sendo aplicado de forma autoritária e equivocada; com isso afasta a ideia de prisão preventiva, passando a ser tratada como uma pré-punição ao arguido.

6 Das possíveis alterações

Durante todo o estudo foi evidenciada a importância e a necessidade da aplicação da prisão preventiva para a persecução penal; como também, a notória importância da legislação no sentido de restringir os direitos e garantias fundamentais do arguido, pois somente as devidamente expressas possuem o caráter limitador, do contrário estar-se-á lesionando os interesses constitucionalmente protegidos do Estado Democrático de Direito.

Partindo desse preceito, as normas restritivas de direito têm que dotar-se de um cunho geral e abstrato, devendo ter sempre um efeito prospectivo, salvaguardando sempre o direito, garantia e liberdade do arguido.

O princípio da legalidade não deixa dúvidas sobre sua aplicação; logo, no que se refere à prisão preventiva, esta só poderá ser decretada nos casos previstos na legislação. Mas, o perigo das aplicações equivocadas não está em seus requisitos previstos taxativamente, mas sim na interpretação dos mesmos.

Ora, de que adianta elencar fundamentos se estes possuem uma vasta subjetividade, ficando, na maioria das vezes, nas mãos do magistrado decidir, de forma “razoável”, qual é a interpretação mais conveniente?

Entretanto, essa margem interpretativa traz grande quantidade de entendimentos divergentes, resultando numa insegurança ao arguido, pois este ficará sem saber se o magistrado irá interpretar de modo positivo ou negativo.

Mesmo sabendo que todas as normas possuem uma interpretação por parte do magistrado, não se pode deixar de criticar que por se tratar de um direito importante, que é o direito à liberdade, o legislador deve impor limites. O fato de trabalhar com o direito à liberdade requer uma cautela dobrada, principalmente por se tratar de indivíduos que ostentam o princípio da presunção de inocência, o que não pode ser mitigado.

A justiça inerente dessa aplicação acrescenta a sua própria segurança, para efeitos da interpretação do caráter excepcional da prisão preventiva. Enfim, trata-se de descobrir o esclarecimento e a adequação jurídica que possa explicar as diferentes participações a que este caso se refere, e na medida dessas diferenças²³².

Ferrajoli posiciona no sentido de afastar os fundamentos subjetivos, manifestando-se pela incompatibilidade, já reconhecida “pela doutrina mais atenta”, entre o princípio da presunção de inocência e a finalidade de prevenção e de defesa social, defendendo a prisão preventiva apenas nos casos em que exista a suspeita de fuga ou perigo de ocultação de provas²³³.

E segundo Vilela o princípio da presunção de inocência não pode ser aplicado exclusivamente para fins probatórios, mas sim como “princípio programático constitucionalmente ubicado, a cumprir, em primeira linha, pelo legislador processual penal, e a concretizar pelos órgãos judiciais”²³⁴.

Este princípio deve estar também presente na ponderação da suficiência dos indícios a ser coadunável com o teor normativo a conferir a esse juízo indiciário. Entretanto, para que isto se efetive, é indispensável que a suficiência dos indícios só se assevere nos casos em que, de maneira antecipada, sejam afastadas quaisquer dúvidas plausíveis quanto à futura condenação do arguido.

Destarte, essa imposição de limites à interpretação do magistrado diante de normas que estejam vinculadas à liberdade do arguido, estaria reduzindo o caráter abstrato e subjetivo de um dos fundamentos da prisão preventiva, trazendo, enfim, maior segurança na sua aplicação.

Conforme assevera Canotilho, na aplicação da prisão preventiva resta, ainda, uma ampla discricionariedade legislativa em matéria de definição das penas, visto que, inquestionavelmente, o princípio constitucional da necessidade e da proporcionalidade é posto como limitador, não devendo existir lugar para medidas manifestamente excessivas²³⁵.

²³² MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa. Revogação da prisão preventiva – Sua relação com a definição do objeto do processo – o crime continuado e a aplicação do art. 212.º, n.º 1, alínea a), do novo Código de Processo Penal. *Direito e Justiça*, v. V, p. 299, 1991.

²³³ FERRAJOLI, 2014, p. 512.

²³⁴ VILELA, 2000, p. 14-15.

²³⁵ CANOTILHO, 2007, p. 502.

Por fim, deve existir absoluta vedação da aplicação de qualquer restrição à liberdade pessoal motivada em cláusulas abertas, como, por exemplo, ordem pública e econômica no ordenamento brasileiro, devendo as regras para restrição da liberdade individual serem utilizadas de maneira precisa, objetiva e suscetível de prova e confrontação judicial, afastando o mero arbítrio das razões do julgador.

O Código de Processo Penal português, apesar de impor prazos como forma de limitação à duração das medidas de coação, principalmente a prisão preventiva, como foi visto anteriormente, deve trazer, segundo Júdice, o “estabelecimento de um período máximo peremptório para a prisão preventiva antes da decisão à nível de 1ª Instância, que terá de ser claramente inferior ao actual e sempre inferior a um número definido de meses para os crimes mais graves e para os outros não exceder mais da metade da média superior da moldura penal aplicável ao crime para que esteja indiciado²³⁶”.

Nesse esteio deve-se trabalhar estrita observância dos prazos máximos de duração da prisão preventiva, sem possibilidade de prorrogação.

Já no Brasil as mudanças são bem maiores, devido à necessidade de se operar mudanças legislativas e conseqüentemente sua aplicação pelo Poder Judiciário.

Partindo do princípio da precariedade, a primeira mudança que necessita ser feita no ordenamento brasileiro se refere ao estabelecimento, em lei, de prazos para duração da prisão preventiva, visto que esta ausência legislativa vem mantendo o arguido durante anos encarcerados, sem nem ao menos lhe dar o direito de contar quantos dias faltam para este ser posto em liberdade.

O não estabelecimento de um prazo processual à prisão preventiva viola o princípio constitucional da presunção de inocência e dignidade da pessoa humana, além de antecipar o juízo condenatório ao acusado, provocando-lhe danos irreparáveis.

Apesar de a Emenda Constitucional n.45/2004 ter mencionado em seu texto que o julgamento do réu deve ser feito em prazo razoável e com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, a ausência de um prazo determinado e as queixas da lentidão do judiciário ainda se mantêm presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Ora, essas queixas não são novidades no mundo jurídico brasileiro, de maneira que a lentidão é considerada como um dos mais antigos males da Administração da Justiça.

²³⁶ JÚDICE, 2004, p. 45.

Assim, dificilmente encontrar-se-á um processo penal que seja finalizado em tempo racionalmente aceitável.

Logo, a única maneira de oferecer uma íntegra satisfação à prisão preventiva é a previsão legislativa de sua duração, restringindo, assim, a arbitrariedade do Estado ao longo do procedimento, evitando que os efeitos negativos do processo se alarguem indefinidamente, e que a instrumentalidade penosa da persecução penal seja empregada contra os cidadãos, formando-se em danosa lesão ao princípio da inocência.

Nesse sentido, Reis assevera que a não previsão de prazo máximo das medidas cautelares autoriza o juiz a “pautar-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para estabelecer os casos em que a duração da medida se mostra excessiva²³⁷”.

Utilizando como referência o ordenamento português a detenção de um suspeito não viola a presunção de inocência. O artigo 5.º da CEDH, alínea c) do n.º 1 e o n.º 3 trazem exceções ao direito à liberdade, com a finalidade de que uma pessoa detida compareça em tribunal, sempre que houver a suspeita razoável de ter cometido uma infração, e apenas se a detenção for por um período razoável. O TEDH considerou que não existe um direito automático a condições de detenção diferentes das que se aplicam a pessoas reconhecidas culpadas, desde que essas condições sejam razoáveis²³⁸.

Cruz²³⁹ afirma que em face da natureza excepcional de qualquer medida que possa limitar a liberdade do indivíduo, deve conter prazos como limitadores máximos ao estreitamento deste, o que originará uma análise de caso a caso, observando o tempo indispensável ao afastamento do indivíduo do convívio social, com o fim de evitá-lo.

Segundo os ensinamentos de Ferrajoli o que acontece na maioria das situações é que o sofrimento mais temido pelo arguido não é a pena em si, que quase sempre é leve, mas a repulsa pública, as consequências inapagáveis na vida do sujeito que tem sua honra ultrajada e a frustração da perspectiva de vida e trabalho²⁴⁰.

²³⁷ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Breves notas sobre as medidas cautelares pessoais diversas da prisão. In: SANTIN; MARTINS JUNIOR, 2011, p. 14.

²³⁸ COMISSÃO CE, 2006, p. 6.

²³⁹ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão cautelar – dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 108.

²⁴⁰ FERRAJOLI, 2014, p. 675.

Não se pode dar ao legislador a faculdade de esquivar-se da exigência de limitar rigorosamente a duração da prisão cautelar²⁴¹, posto que a intensa degradação da intervenção penal nas hipóteses da prisão preventiva traz um efeito infamante. Assim, a liberdade individual do arguido deve ser tutelada contra a excessiva duração da custódia preventiva determinada pela injustificada lentidão da instrução.

Esta excessiva duração da prisão cautelar, de maneira indevida, traz distorções a sua real função instrumentária no processo, convertendo-se na antecipação da punição.

Embora o estabelecimento de prazos “não remedeie completamente”, ao menos, como alude Fabião²⁴², em “muito atenua”, na medida em que estabelece limites – reduz o sentimento de injustiça que o inocente ou até mesmo o culpado que não foi condenado à pena restritiva de liberdade sente.

Pastor²⁴³ afirma que todas as intervenções processuais referentes aos direitos básicos dos indivíduos devem estar previamente estabelecidas e reguladas por lei em toda a sua extensão e precisão.

Diante de tais posicionamentos, vislumbra-se que atualmente a melhor saída para reprimir a banalização do encarceramento preventivo no Brasil é a previsão de sua limitação temporal na legislação, não se submetendo apenas à razoabilidade. Destarte, o arguido, indiscutivelmente, possui o direito de saber qual é o prazo máximo que poderá ficar encarcerado preventivamente, em razão de que está diante de um direito constitucional.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal brasileiro se posicionou diante da questão de prazos em suas súmulas, que não existe constrangimento ilegal da prisão preventiva por excesso de prazo, desde que tenha ocorrido a pronúncia²⁴⁴ do arguido, ou que tenha encerrado²⁴⁵ a instrução criminal ou o excesso na instrução provocado pela defesa²⁴⁶.

²⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 98.

²⁴² FABIÃO, 1964, p. 139.

²⁴³ PASTOR, Daniel R. Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 52, p. 228, 2005.

²⁴⁴ Súmula 21 do Supremo Tribunal de Justiça: Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

²⁴⁵ Súmula 52 do Supremo Tribunal de Justiça: Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

²⁴⁶ Súmula 64 do Supremo Tribunal de Justiça: Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

Scarance Fernandes afirma que se trata de uma exigência natural e primária à previsão de prazo fixado na legislação e, assim, não existindo “determinação específica do prazo, deve o diploma legislativo prever um prazo genérico aplicável aos casos omissos²⁴⁷”.

Contudo, o citado autor reconhece que a previsão de prazo, por si só, não é o suficiente; é imprescindível uma duração que possibilite ao arguido o exercício da ampla defesa e o contraditório, assim não pode ser qualquer prazo, mas sim um prazo condizente com a necessidade da atividade a ser realizada²⁴⁸.

Existem outros ordenamentos que não possuem limites com relação ao lapso temporal em que o indivíduo deve permanecer preso preventivamente. A exemplo disso, a Bélgica, onde também há ausência de uma limitação absoluta do prazo da prisão preventiva. No entanto, após o primeiro período, que se limita a 5 dias, a prisão preventiva deve ser renovada mensalmente, desde que seja demonstrado que subsistem os motivos que levaram à captura inicial.

Por outro lado, na Inglaterra o prazo do encarceramento preventivo está duplamente limitado, onde ninguém poderá permanecer preso preventivamente por mais de vinte e oito dias sem ser ouvido em juízo. E caso venha a ser renovada a prisão preventiva, este segundo prazo não poderá exceder seis meses; e não ocorrendo o julgamento, o arguido é posto em liberdade.

Já na Itália o prazo máximo da prisão cautelar varia em razão da gravidade do delito e de cada fase processual, tendo, neste último, o escopo de acelerar o andamento do processo. Admite-se o prolongamento nos casos previstos em lei, desde que não excedam os limites máximos de dois a seis anos conforme a gravidade da pena aplicável.

Estas saudáveis comparações com outros ordenamentos demonstram o quão é perigosa a ausência de prazos no Brasil, trazendo ao arguido prejuízos irreparáveis e estigmas indelévels.

Outra possível solução para a ausência de limites da prisão preventiva no ordenamento brasileiro é a questão do reexame, que não existe. Atualmente o arguido é mantido em cárcere preventivo por tempo indeterminado, sendo esquecido pelo judiciário

²⁴⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 116-120.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 116-120.

de tal maneira a passar anos e anos sem nem sequer ter o direito de ser ouvido ou de sua defesa.

Assim, voltando a referenciar o ordenamento português, o instituto do reexame, fundamentado no princípio da proporcionalidade, como também no da precariedade, impõe que este seja feito a cada três meses, como foi visto no capítulo anterior – impede que ocorra o prolongamento para além do estritamente necessário. Não obstante, no que tange ao reexame, Júdice²⁴⁹ propõe uma “clarificação de que a reavaliação por antecipação se o Juiz entender que tem factos novos que justifiquem a opção por uma medida menos gravosa”.

Júdice²⁵⁰ afirma ainda que o fato de melhorar a lei é, para muitos, considerada inútil, mas “não é seguramente prejudicial”, já que uma possível melhoria pode vir a reduzir os riscos de lesionar os direitos e garantias de cada indivíduo.

Enfim, a comparação entre os ordenamentos analisados evidencia as distintas realidades existentes, à medida que alguns países trazem para seus reclusos melhores condições para viver livre em sociedade; já outros, além de privá-los das ínfimas condições de sobrevivência, os compelem para o amparo dos grupos criminosos que existem dentro dos próprios presídios.

Nesse aporte, deve-se recorrer às alternativas à prisão preventiva que não venha, dentro do possível, lesionar princípios e garantias estabelecidas constitucionalmente.

Dentre estas alternativas Ferrajoli²⁵¹ traz em sua teoria do garantismo penal a ideia da liberdade vigiada. No Brasil, como em Portugal, vimos que a ideia da liberdade vigiada foi concretizada por meio do monitoramento eletrônico.

Apesar da previsão legislativa, Maia Costa afirma que as políticas de vigilância eletrônicas parecem ser esquecidas; e apesar de ser uma possível alternativa para lotação carcerária, esta vem sendo aplicada de maneira ínfima²⁵².

Atualmente no Brasil esta medida caminha lentamente, o que já se pode considerar um progresso do sistema. Por outro lado, Portugal demonstra que tais medidas vêm sendo uma importante alternativa ao cárcere, e, conseqüentemente, uma redução da população carcerária.

²⁴⁹ JÚDICE, 2004, p. 45.

²⁵⁰ Ibid., p. 43.

²⁵¹ FERRAJOLI, 2014, p. 377.

²⁵² COSTA, E., 2003, p. 103.

Costa²⁵³ assevera que o poder estatal, “num quadro moderno de gestão eficiente e racional da Administração da Justiça”, deve elaborar instrumentos que possam substituir a prisão preventiva e reduzir os custos penitenciários. O citado autor ainda traz que “as medidas de coação não detentivas podem, em princípio, ser favoráveis à promoção dos interesses da vítima, já que permitem que o suspeito/arguido possa adquirir rendimentos para reparar os danos causados”.

Conforme já vem sendo discorrido deve-se optar por medidas menos gravosas²⁵⁴ em substituição à prisão preventiva, reforçando²⁵⁵ o seu caráter excepcional – *a ultima ratio*, devendo optar quando realmente for necessária e no último momento possível.

Pensando em uma medida menos gravosa e procurando afastar o estigma herdado do cárcere, Ferrajoli²⁵⁶ aduz que a prisão poderia ser substituída pela simples condução coativa do imputado, por horas ou, no máximo dias, até que fosse coletada a prova ameaçada, mas não por anos – que é comum na prática.

Ora, o uso desmedido das medidas cautelares pessoais, principalmente a prisão preventiva, promove e incentiva a fuga de imputados, que em situações normais aguardariam o processo em liberdade e ficariam à disposição da Justiça²⁵⁷.

Ainda numa busca por afastar o estigma da prisão deve-se, de maneira primária, criar condições para que se possam separar os presos provisórios dos condenados. Em Portugal já existe essa divisão; entretanto, no Brasil, apesar de existirem normas nesse sentido, não há a efetiva separação, sendo tratados todos como condenados.

Essa ausência, no Brasil, de locais específicos para presos preventivos remetem às ideias das doutrinas criminológicas, que as prisões são como “escolas do crime²⁵⁸”, influenciando a uma futura prática delituosa até mesmo por inocentes.

É preciso, também, que exista, seja no ordenamento brasileiro ou no português, a “aplicação de medidas de reinserção social pelo menos tão relevantes e favoráveis como as que beneficiam os não preventivos²⁵⁹”, uma vez que a tendência é que esses indivíduos

²⁵³ COSTA, Jorge. Decisão quadro 2009/829/JAI, do Conselho, de 23 de outubro de 2009, relativa à aplicação, entre os Estados-Membros da União Europeia, do princípio do reconhecimento mútuo às decisões sobre medidas de controlo, em alternativa à prisão preventiva. *Julgar*, n. 17, Lisboa, p. 174, maio/ago. 2012.

²⁵⁴ MACHADO, 1991, p. 300.

²⁵⁵ JÚDICE, 2004, p. 44.

²⁵⁶ FERRAJOLI, 2014, p. 513.

²⁵⁷ WEDY, 2006, p. 158.

²⁵⁸ COSTA, J., 2012, p. 174

²⁵⁹ JÚDICE, op. cit., p. 46.

tenham disposição para a delinquência potencializada e os que entraram sem essas disposições sejam contaminados.

O Código de Processo Penal português prevê uma indenização ao arguido nos casos em que ocorra: ilegalidade na aplicação, erros grosseiros na apreciação dos pressupostos de que depende a decretação da medida, ou se se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou atuou justificadamente²⁶⁰. Prevendo, também, uma reparação a figura do arguido, o Código de Processo Penal italiano acrescenta, ainda, a viabilidade de ação regressiva do Estado em face dos agentes públicos que contribuíram para o emprego da prisão preventiva que proceder em absolvição ou quando restar provada a inexistência do fato, ou que o arguido não tenha praticado o fato imputado, ou, ainda, que o fato imputado não institua crime.

Analisando de maneira mais abrangente a ideia da indenização nos casos mencionados anteriormente, pode ser vista como um mecanismo de frear a vulgarização da utilização das prisões preventivas em determinados ordenamentos²⁶¹, protegendo, igualmente, os direitos e garantias fundamentais do arguido.

É importante salientar que, apesar de existir a viabilidade de frear a decretação da prisão preventiva, em consequência do temor da obrigação de indenização, esta deve ser observada com uma atenção redobrada, pois do contrário toda a estrutura e o sistema jurídico-penal estarão desestabilizados e irremediavelmente desacreditados.

Por fim, não se pode hesitar em fazer as modificações necessárias no Código de Processo Penal, pois, como foi evidenciado até o momento, apenas com as alterações legislativas é que existirá a possibilidade de limitar a aplicação da prisão preventiva e afastar todas as matérias de cunho subjetivo e conseqüentemente possíveis aplicações arbitrárias do poder estatal.

Assim, reduziria a punição de indivíduos, que passaram todo o curso do processo encarcerado e ao final tiveram sua inocência reconhecida tardiamente através da sentença absolutória, sem que ocorra a extinção da prisão preventiva.

Mesmo não existindo a certeza que a supressão do instituto ocasionaria um aumento da impunidade, esta alternativa poderia gerar danos irreversíveis à persecução penal, devendo, de tal modo, optar o legislador por modificações legislativas, a exemplo das anteriormente discutidas.

²⁶⁰ Artigo 225º do Código de Processo Penal português (Lei Orgânica n.º 2/2014, de 06/08).

²⁶¹ LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2006, p. 120-123; PASTOR, 2005, p. 525.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os sistemas processuais penais devem sempre tutelar a dignidade do ser humano, a sua integridade física, sua honra – concomitantemente com os princípios da legalidade, proporcionalidade de sua aplicação, assegurando, também, a presunção de inocência e consequentemente o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Partimos do ponto em que o Estado Democrático de Direito exerce a função de guardião dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, vistos inicialmente através dos princípios norteadores do sistema do processo penal.

Constatamos que o princípio da presunção de inocência, como também o princípio da proporcionalidade, se fez presente durante todo nosso estudo, de maneira que o primeiro está atrelado ao fato que todos são inocentes até a sentença condenatória transitar em julgado e o segundo na ponderação de qual medida cautelar deve ser aplicada caso a caso.

Nesse contexto surge a teoria do garantismo penal, com o escopo de assegurar os direitos e garantias fundamentais do arguido; esta teoria surge com a preocupação de afastar as decisões arbitrárias do poder estatal, tendo a liberdade como regra basilar.

Entretanto, ao estudarmos de forma detalhada a prisão preventiva em determinados ordenamentos, verificamos o quão distante se encontra esta medida de coação, de natureza cautelar, do garantismo penal e consequentemente de um efetivo Estado Democrático de Direito.

O que vimos, na verdade, em nossa pesquisa, foram diversas violações da prisão preventiva aos princípios constitucionais, principalmente no que tange à sua aplicação. Pois, mesmo existindo previsão legal de requisitos para sua decretação, seja no ordenamento português ou brasileiro, estes possuem determinadas lacunas que, ao nosso entender, são inadmissíveis.

Em que pese o conteúdo e importância dos vários requisitos previstos, que ostentam a finalidade de obrigar os magistrados que se limitem a estes no momento de fundamentar a decretação da prisão cautelar; o caráter subjetivo destes delega aos magistrados uma interpretação ampla, vinculada à proporcionalidade e razoabilidade, o que acaba acarretando um efeito perverso – pois além da grande quantidade de divergência nas decisões, estas estão sempre propensas a serem autoritárias.

Não se pode permitir ao magistrado a faculdade de presumir, em abstrato, a necessidade cautelar da prisão e nem admitirmos que este fundamente influenciado pelo clamor público diante da gravidade do crime.

Ora, não podemos esquecer que o arguido é considerado inocente até que se prove o contrário. E pensando nessa premissa, vimos que uma possível solução para a redução de aplicações arbitrárias é a limitação na interpretação e uma nova redação para os requisitos delimitadores.

Nesse aporte, verificamos que a prisão preventiva deve ser posta como a última medida a ser adotada pelo magistrado, devido ao seu caráter excepcional. No entanto, o que encontramos nos ordenamentos, principalmente no Brasil, é a banalização do instituto, sendo este utilizado na grande maioria das vezes como primeira medida.

As consequências dessa banalização afetam tanto o sistema carcerário, com as superlotações, como também ao arguido, que ao ser preso, mesmo que preventivamente, passar a ser tratado como delinquente, gerando estigmas irremediáveis na sua vida social.

Ora, para a sociedade pouco importa se o arguido será condenado ou absolvido, pois o que será sempre levado em consideração é o fato de este já ter sido encarcerado.

Outra grande problemática que analisamos se refere aos prazos de duração do encarceramento preventivo, posto que a ausência de delimitação no Brasil gera danos irreparáveis. Não obstante, embora exista em Portugal, estes são considerados excessivos.

E nesse contexto, vimos que alterações legislativas também são viáveis. Pois não se pode conceber que a liberdade física de um indivíduo seja restringida sem a compatibilidade com as garantias do arguido.

Por fim, concluímos que é intolerável a situação no ordenamento brasileiro, que possui mais de 40% da sua população carcerária de presos preventivos. A decretação da prisão preventiva de forma vulgarizada, aplicada de forma amiúde como primeira opção dentre as medidas, principalmente para gerar na sociedade uma ideia de segurança, distorce por completo a real finalidade da medida cautelar, salientando, também, que a ausência de um prazo que determine o período máximo para manter o indivíduo encarcerado acarreta em prisões de quatro, cinco e até seis anos preventivamente sob a alegação de serem razoáveis.

Embora o sistema adotado pelo ordenamento português esteja longe da perfeição, necessitando de ajustes para melhorar sua aplicação, o brasileiro necessita de uma reforma

radical do instituto; e as alterações legislativas, no sentido de trazer uma aplicação objetiva aos requisitos, afastando as decretações arbitrárias e a criação da previsão legal de prazos limitando o tempo de cárcere, podem ser um grande passo para atingir a verdadeira finalidade da prisão preventiva – uma medida cautelar.

REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.
- ABREU, Jose Vasconcelos. *Enquadramento do instituto da prisão preventiva*. Palestra realizada na conferência preparatória dos estagiários de Lisboa na Ordem dos Advogados, em 11 de junho de 1964. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1966.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentários do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editorial, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Débora de Souza de. A Teoria do Garantismo Penal em questão: o olhar anti-inquisitorial da axiologia de Luigi Ferrajoli. *Revista Bonijuris*, ano XXIII, n. 569, v. 23, n. 4, abr. 2011.
- ALMEIDA, Jorge Tavares de. A precariedade da prisão preventiva e os delitos incaucionáveis. *Separata da revista da ordem dos advogados*, ano 42, 1982.
- ALVARADO, Natachú Domínguez. El principio de lesividad como límite al poder punitivo del Estado. *Gaceta Judicial*, 2008. Disponível em: <<http://app.vlex.com/#/vid/360763166>>. Acesso em: 06 jun. 2014.
- ALVES, Rogério. Prazos da prisão preventiva devem ser revistos. *Vida Judiciária*, n. 71, 2003.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.
- ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência da tutela penal: como referencia de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 2, fasc. 1, jan./mar. 1992.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Editora Juruá, 2008.
- ANTUNES, Maria João. O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação. In: LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

BARRETO, Ireneu Cabral. Notas sobre o direito à liberdade e à segurança: análise do artigo 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem à luz da jurisprudência da Comissão e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 3, jul./set. 1992. ISSN 0871-8563.

BARROS, José Manuel de Araújo. Critérios da prisão preventiva. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 10, fasc. 1º, editora Coimbra, jan./mar. 2000.

BASTOS, Maria Manuel. Execução da prisão preventiva algumas questões. *Scientia Iuridica*, tomo LV, n. 205, jan./mar. 2006.

BECCARIA, Cesare (1764). *Dos Delitos e das Penas*. 3. ed. rev. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANDÃO, Nuno. Medidas de coação: o procedimento de aplicação na revisão do código de processo penal. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra: Editora Coimbra, ano 18, n. 1, jan./mar. 2008.

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil. *ADI 855, RTJ, 152/455 e s.* Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1238784.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

_____. *Julgamento Habeas Corpus: 102732*. DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/02/2010, DJe-031. Data de Publicação: 22-0-/2010.

_____. *Julgamento Habeas Corpus: 36466* SC 2013/0083450-6, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 14/05/2013, T5 - QUINTA TURMA. Data de Publicação: DJe 24/05/2013

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Deferimento de pedido de extradição*. Julgamento Habeas Corpus: 93315 BA, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 27/05/2008, Segunda Turma, DJe-117. Data da Publicação: 27-06-2008.

_____. STF, *HC: 93315 BA*, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 27/05/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00660.

_____. STF. *HC: 100863 SP*, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 04/12/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-02 PP-00286.

_____. STF. *HC: 97946 SP*, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-03 PP-00566.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra editora, 2007. v. I.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

COELHO NETO, José Ferreira. Uma (re) leitura do garantismo penal à luz da proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais. *Revista da Unicorp*, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ano 1, n. 1, abr. 2011) – Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, 2011.

COMISSÃO CE. *A presunção de inocência [documento electrónico]: livro verde apresentado pela Comissão*. Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COSTA, Eduardo Maia. Prisão preventiva: medida cautelar ou pena antecipada? *Revista do Ministério Público*, ano 24, n. 96, out./dez. 2003.

COSTA, Jorge. Decisão quadro 2009/829/JAI, do Conselho, de 23 de outubro de 2009, relativa à aplicação, entre os Estados-Membros da União Europeia, do princípio do reconhecimento mútuo às decisões sobre medidas de controlo, em alternativa à prisão preventiva. *Julgar*, Lisboa, n. 17, maio/ago. 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *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*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *O Novo Processo Penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar - dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DALABRIDA, Sidney Eloy. *Prisão Preventiva - Uma Análise à Luz do Garantismo Penal*. 1. ed. 6. reimpr. Paraná: Juruá editora, 2004.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. ampl e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Secção de Textos da Faculdade de Direito, Lições coligidas por Maria João Antunes, 1988-9.

_____. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, edição 1974, reimpressão 2004.

_____. O defensor e as declarações do arguido na instrução preparatória. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 18, 1987.

_____. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995.

FABIÃO, Fernando. *A prisão preventiva*. Braga: Livraria Cruz, 1964. (Coleção Scientia Iuridica).

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 41, 2003.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FIGUEIREDO, Igor Ney. *A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

GARCIA, Basileu. Comentários ao Código de Processo Penal. *Revista Forense*, v. III. Rio de Janeiro, 1945.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

GOMES, Alfredo Allen. *Liberdade provisória e prisão preventiva sem culpa formada*. Lisboa: Ed. Império, 1973.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e Prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *A prisão preventiva e as restantes medidas de coação: a providência do habeas corpus em virtude de prisão ilegal*. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *As medidas de coação no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2001.

GRUPO DO ATIVISMO JUDICIAL. *Os fundamentos teóricos e práticos do garantismo no STF*. Ano I, n. 1, 2009. Disponível em:
<http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_GAT%2001.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2014.

ICPS – International Centre for Prison Studies. Disponível em:
<<http://www.prisonstudies.org/country/portugal>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

INFOPEN. *Relatórios Estatísticos - Analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação – Brasil*. Disponível em:
<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

ISASCA, Frederico. A prisão preventiva e as restantes medidas de coação. *Revista portuguesa de ciências criminais*, Coimbra: Editora Coimbra, ano 13, n. 1, jan./mar. 2003.

JÚDICE, José Miguel. Prisão preventiva: um cancro que envergonha. *Revista Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 64, 2004.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Camila Eltz de. A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva: (in) constitucionalidade à luz do garantismo penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 11, 2003.

LOPES, António Mouraz. A responsabilidade do Estado pela privação da liberdade decorrente da prisão preventiva. *Revista do Ministério Público*, ano 22, n. 88, out./dez. 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa. Revogação da prisão preventiva – Sua relação com a definição do objeto do processo – o crime continuado e a aplicação do art. 212.º, n.º 1, alínea a), do novo Código de Processo Penal. *Direito e Justiça*, v. V, 1991.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de Processo Penal. Material Complementar*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago S. Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1952.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Ed. Bookseller, 1997. v. 4.

MASSON, Cleber Rogério. Prisões cautelares: inovações promovidas pela Lei 12.403/2011. In: SANTIN, Valter Foletto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva (Org.). *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei nº 12.403/2011*. São Paulo: Edições APMP, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. *Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

_____. *Processo penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MONTESQUIEU, Charles. *O espírito das leis*. Cap. III. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

NEVES, António Castanheira. *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*. Coimbra: edição policopiada, 1967-1968.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PACHECO, Denílson Feitosa. *Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis*. 4. ed. Niterói: Editora Impetus, 2006.

PASTOR, Daniel R. Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 52, 2005.

PATRÍCIO, RUI. *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português*. Lisboa: AAFDL, 2004.

PIMENTA, José da Costa. *Processo penal: sistema e princípios*. Lisboa: Livr. Petrony, D. L. 2003.

PINHEIRO, Bruno. *Teoria geral do delito*. Rio de Janeiro: Elsevier editora, 2009.

PORTUGAL. *Código de Processo Penal. Artigo 202º, 1, alínea a) a f) do - Lei Orgânica n.º 2/2014, de 06/08*. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=199&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: 03 abr. 2014.

_____. *Código de Processo Penal. Artigo 225º. (Lei Orgânica n.º 2/2014, de 06/08)*.

Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=199&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: 03 abr. 2014.

_____. *Código de Processo Penal. Artigo 194º, 1*. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=199&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=.

_____. *ACRL de 18-05-2005*. Tráfico de droga. Conclusões de recurso deficientes.

Prisão preventiva, fortes indícios. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?codarea=57&nid=2952>. Acesso em: 03 ago. 2014.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RAMOS, Vânia Costa. Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare. *Revista do Ministério Público*, Parte II, n. 109, p. 70, jan./mar. 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Breves notas sobre as medidas cautelares pessoais diversas da prisão. In: SANTIN, Valter Foletto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva (Org.). *Inovações à prisão preventiva e às medidas cautelares trazidas pela Lei n° 12.403/2011*. São Paulo: Edições APMP, 2011.

RICO, José María. *Justicia Penal y transición democrática en América Latina*. Cidade do México: Siglo Veintiuno Editores, 1997.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Da determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem pública e liberdade individual – um estudo sobre a prisão preventiva*. Coimbra: Editora Almedina, 2005.

SÁ, Pedro Jorge Teixeira de. Fortes indícios de ilegalidade da prisão preventiva. *Revista de direito comparado Português e Brasileiro*, tomo XLVIII, n. 277/279, jan./jun. 1999.

SÁNCHEZ BARRIOS, Maria Inmaculada. La prisión provisional en España – Especial referencia a su procedimiento. In: LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2003.

SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y Derechos Fundamentales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. Efeitos perversos da prisão cautelar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n. 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SCREVENS, Raymond. Detention preventive – regles legales, application, alternatives. *Revue de droit penal et de criminologie*, 1990.

SILVA, Germano Marques da. Princípios gerais do processo penal e constituição da república portuguesa. *Direito e justiça*, v. III, 1987-1988.

_____. *Curso de processo penal*. 6. ed. ed. rev. e atual. Lisboa: Verbo, 2010. v. I.

_____. *Curso de processo penal*. 5. ed. rev. e atual. Lisboa: Editora Verbo, 2011. v. II.

_____. *Do Processo Penal Preliminar*. Lisboa: Editora Minerva, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, nº. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2002. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2014.

SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. *Cautelaridade da prisão preventiva*. Rio de Janeiro: Temas & Ideias Editora. 2004, p. 99.

TUCCI, Rogério Lauria. Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil. *Revista dos Tribunais*, a. 87, v. 755, set. 1998.

VEIGA, Catarina. Prisão preventiva, absolvição e responsabilidade do Estado. *Separata da Revista do Ministério Público*, n. 97, Lisboa, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILAR, Silvia Barona. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Libreria Bosch, 1988.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAFARONI, Eugênio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmatica juridico-penal*. Argentina: Ediar, 1998.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.