

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

RONALDO BEZERRA DOS SANTOS

**A PRISÃO CAUTELAR E SEU ASPECTO JURÍDICO COMO PENA
PROCESSUAL ANTECIPADA**

MARÍLIA
2016

RONALDO BEZERRA DOS SANTOS

A PRISÃO CAUTELAR E SEU ASPECTO JURÍDICO COMO PENA
PROCESSUAL ANTECIPADA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília- UNIVEM, para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Crítica dos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Orientador:

Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos

MARÍLIA

2016

SANTOS, Ronaldo Bezerra dos.

A prisão cautelar e seu aspecto jurídico como pena processual antecipada/ Ronaldo Bezerra dos Santos; Orientador: Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos.

142 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2016.

1. Direito Processual Penal 2. Direito Penal 3. Criminologia

CDD: 341.43

Aos meus pais, Severino dos Santos e Maria do Céu Bezerra Rodrigues, pelo amor, carinho, apoio, incentivo, pelas orações, por ter me ensinado desde a infância a importância do conhecimento e de nunca desistir dos sonhos e objetivos.

A minha esposa Cleciene dos Anjos Musquim pela compreensão em todos os momentos, pelo apoio, incentivo incondicional e por estar ao meu lado.

Ao meu irmão Ronildo Bezerra dos Santos pelo apoio e por acreditar que eu conseguiria vencer todos os obstáculos para realizar essa conquista.

A todos vocês meus sinceros agradecimentos, pois, na vida não se consegue a vitória sem muita luta, mas principalmente sem a ajuda, apoio, compreensão daqueles que estão mais próximos. A família é uma dádiva de Deus e só tenho a agradecer a ele e a vocês.

Amo vocês!
Ronildo Bezerra dos Santos

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, contribuíram para que este trabalho final de mestrado pudesse ser concluído.

A todos os professores do UNIVEM, que me acolheram e me ensinaram através da sua competência e humildade, a busca do conhecimento, em especial ao professor Luís Henrique Barbante Franzé, meu primeiro professor do curso e ao extraordinário Oswaldo Giacoia Júnior por me despertar para Michel Foucault.

Ao amigo professor Doutor Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, vice-coordenador do programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, pelo apoio, amizade e ensinamentos.

Aos funcionários do UNIVEM, que também foram de suma importância nesta caminhada, em especial a Leninha, profissional competente e acolhedora.

A professora Doutora Gisele Mendes de Carvalho pela inestimável contribuição neste trabalho.

Ao professor Dr. Mário Furlaneto Neto pelas brilhantes observações neste trabalho de pesquisa científico.

Aos meus alunos da Universidade de Cuiabá – UNIC, em Rondonópolis – MT, que compreenderam algumas ausências.

Aos meus amigos que entenderam algumas ausências em razão da pesquisa e do árduo trabalho que se personificou nesta dissertação.

Aos meus colegas professores da UNIC que se colocaram a disposição e também me auxiliaram quando necessário em especial a minha amiga Daiana Malheiros de Moura.

Por fim, agradeço aquele que tornou e torna tudo possível, aquele que desperta no ser humano o amor incondicional, aquele nos ama como um pai, aquele que está conosco nos momentos mais difíceis e que jamais nos abandona, mesmo quando o abandonamos. O pai que ama incondicionalmente todos os seus filhos. Obrigado Deus!

Agradecimento Especial

Ao professor Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos, pela paciência, pela ajuda, pelo apoio, por ser um orientador comprometido com o orientando, por ser um profissional da mais alta competência, pela humildade, pelo conhecimento transferido, por não ter sido simplesmente um orientador, mas ter sido um amigo. Que Deus o abençoe e que continue alcançando o merecido sucesso.

As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta.

Michel Foucault

SANTOS, Ronaldo Bezerra dos. **A prisão cautelar e seu aspecto jurídico como pena processual antecipada.** 2015. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2015.

RESUMO

O trabalho de pesquisa científica se refere à dissertação apresentada junto ao Programa de Mestrado do UNIVEM, na linha de Pesquisa “Crítica dos Fundamentos da Dogmática Jurídica” e objetiva demonstrar que as prisões cautelares existentes hoje no Brasil, podem ser concebidas, em alguns casos, como verdadeiras penas antecipadas de caráter processual. Com efeito, através dos dados obtidos junto ao Conselho Nacional de Justiça, se verificou que a população carcerária no país já ultrapassou 700 mil presos, sendo que 40% destes são provisórios ou cautelares, ou seja, ainda não possuem sentença condenatória, contudo, por questões de cautela estatal para assegurar a investigação ou o processo permanecem segregados nas cadeias que não respeitam o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, sofrendo todo tipo de violência e punição por um ato que nem se tem certeza que serão condenados. O Estado afirma por meio da Constituição Federal e da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos que devem ser considerados inocentes, assim como têm o direito de serem julgados num prazo razoável. Contudo, isto não evita a prisão antecipada. Ademais, ao analisar os direitos fundamentais, os princípios constitucionais, o poder punitivo, bem como os fundamentos da pena, razoabilidade e proporcionalidade, corroborado com o instituto da detração penal e fazendo-se a ligação entre os institutos da é possível afirmar que as prisões cautelares, em alguns casos são penas antecipadas de caráter processual, sendo, portanto ilegais. A metodologia adotada foi o método dedutivo, pesquisa exploratória e bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Dignidade da Pessoa Humana. Prisões Cautelares. Pena Antecipada.

SANTOS, Ronaldo Bezerra dos. **A prisão cautelar e seu aspecto jurídico como pena processual antecipada.** 2015. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2015.

ABSTRACT

The work of scientific research regarding the dissertation submitted by the master program of UNIVEM, in the research line "Review of the fundamentals of Legal Dogmatics" and aims to demonstrate that the existing precautionary arrests today in Brazil, can be designed, in some cases, like real early procedural character feathers. Indeed, through the data obtained by the National Council of Justice, the prison population in the country has surpassed 700 1000 prisoners, with 40% of these are provisional or precautionary measures, i.e. do not have enforceable judgment, however, for reasons of caution to ensure the State investigation or the process remain segregated in prisons that do not respect the fundamental right of human dignity, suffering all kinds of violence and punishment for an act that even if you're sure you will be condemned. The State claims through the Federal Constitution and the American Convention on human rights which should be presumed innocent, as well as have the right to be tried within a reasonable time. However, this does not prevent the early prison. Furthermore, by analyzing the fundamental rights, the constitutional principles, the punitive power, as well as the fundamentals, reasonableness and proportionality, corroborated with the Institute of criminal detração and making the connection between the institutes it is possible to affirm that the precautionary arrests, in some cases are early feathers of procedural character, therefore illegal. The methodology adopted was the deductive method, exploratory research and bibliography.

Keywords: Criminal Procedural Law. Dignity of Human Person. Precautionary Arrests. Early Penalty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PRINCÍPIOS DE UM PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL	11
1.1 Direito Fundamental da Dignidade Humana e da Liberdade	11
1.1.1 Os Direitos Humanos na Forma Atual dos Direitos Fundamentais	11
1.1.2 A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito a Liberdade Frente ao Processo Penal Constitucional.....	16
1.2 Princípios Constitucionais, Penais e Processuais Penais.....	21
1.2.1 Princípios Constitucionais	21
1.2.1.1 Princípio da Legalidade	21
1.2.1.2 Princípio do devido processo legal.....	24
1.2.1.3 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade	27
1.2.1.4 Princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade	29
1.2.1.5 Princípio do contraditório e da ampla defesa	32
1.2.2 Princípios Penais	36
1.2.2.1 Princípio da legalidade penal ou reserva legal	36
1.2.2.2 Princípio da culpabilidade	39
1.2.2.3 Princípio da individualização da pena	40
1.2.2.4 Princípio da Insignificância	42
1.2.3 Princípios Processuais Penais.....	43
1.2.3.1 Princípio da Igualdade processual	43
1.2.3.2 Princípio da duração razoável do processo.....	45
1.2.3.3 Princípio da verdade real	47
1.2.3.4 Princípio da imparcialidade	49
1.2.3.5 Princípio da fundamentação das decisões judiciais.....	50
CAPÍTULO 2 – O PODER PUNITIVO E OS FUNDAMENTOS DA PENA.....	51
2.1 Referencial histórico da pena	51
2.2 O poder punitivo Estatal.....	55
2.3 A prática punitiva da pena como forma de controle social	57
2.4 Os fins da pena e suas espécies no ordenamento jurídico brasileiro	61
2.4.1 Os fins da pena	61
2.4.2 Teorias absolutas	62
2.4.3 Teorias relativas ou preventivas	65
2.4.4 Teorias unitárias, ecléticas ou mistas	69
2.5 As penas privativas de liberdade	72
CAPÍTULO 3 – A PRISÃO CAUTELAR E SEU ASPECTO COMO PENA PROCESSUAL ANTECIPADA.....	78
3.1 As medidas cautelares de natureza pessoal e seus fundamentos	78
3.1.1 Condições legais às medidas cautelares: necessidade e adequação	80
3.1.2 Prisões Provisórias e seu aspecto como medida cautelar estatal	81
3.1.3 Conceito e Espécies de prisões cautelares ou provisórias	82
3.1.3.1 Prisão em flagrante delito – conceito e espécies	83
3.1.3.1.1 Flagrante próprio, impróprio e presumido.....	86

3.1.3.1.2	Flagrante Esperado e retardado	87
3.1.3.1.3	Flagrantes considerados ilegais: preparado e forjado	88
3.1.3.1.4	Procedimento posterior à lavratura do auto de prisão em flagrante	89
3.1.3.2	Prisão preventiva	90
3.1.3.3	Prisão temporária	94
3.1.3.4	Prisão domiciliar	96
3.1.3.5	Prisões cautelares e sua relação com o princípio da presunção de inocência.....	97
3.2.	Da excepcionalidade da prisão cautelar.....	100
3.2.1	Audiência de Custódia.....	101
3.2.1	As medidas cautelares diversas da prisão	104
3.2.3	Liberdade provisória.....	107
3.2.3	Os limites da prisão provisória - proporcionalidade.....	110
3.3	A prisão cautelar como pena processual antecipada	113
3.3.1	Detração penal e sua relação com a pena	114
3.3.2	A percepção relativa do tempo na prisão.....	117
3.3.2.1	A razoabilidade na prisão cautelar – provisoriedade.....	122
3.3.2.2	O excesso de prazo na prisão cautelar	123
3.3.3	O erro judicial – prisão cautelar como pena antecipada.....	127
3.3.4	A prisão cautelar se sua relação com a finalidade da pena.....	129
CONSIDERAÇÕES FINAIS		133
REFERÊNCIAS		129

INTRODUÇÃO

Historicamente, a prisão sempre foi objeto de discussão em todo o mundo nos meios acadêmicos e sociais, não tendo sido diferente aqui no Brasil, uma vez que está intimamente ligada com o cometimento das condutas típicas ilícitas e culpáveis, definidas como crimes ou delitos. Com efeito, diferentemente do direito civil que regula as relações civis e comerciais das pessoas com a realização de constantes e diários negócios, o direito penal não age assim. Há quem afirme que ele é utilizado como forma do Estado exercer o controle social, uma vez que ele retira do ser humano, por meio da prisão, a liberdade de locomoção. Outros entendem que ele é utilizado para prevenção geral e especial de novos crimes com a punição do infrator.

A prisão atualmente é utilizada para o cumprimento de uma pena, após o réu ter sido, denunciado, processado e condenado a uma pena privativa de liberdade, ou ser provisória, como espécie de medida cautelar estatal, mediante alguns fundamentos, requisitos e hipóteses legais, como forma de proteger o Estado do infrator que é considerado um risco à sociedade.

Diante do crescimento da população carcerária, em especial de presos provisórios, de acordo com dados obtidos junto ao Conselho Nacional de Justiça, verificar-se-á nesta pesquisa se é possível conceber a prisão cautelar como espécie de pena antecipada de caráter processual.

Ressalta-se a necessidade da pesquisa científica, abordando esta temática, onde se utilizou o método dedutivo, uma vez que houve um aumento na violência urbana o que tem gerado uma preocupação social. Ademais, o número de reincidências também é considerado alto, de modo que muitas vezes esses reincidentes permaneceram segregados cautelarmente por determinado período de tempo.

O estudo dividir-se-á em três capítulos, o primeiro descreve os direitos fundamentais e os princípios de um processo penal constitucional, onde será trabalhado o direito fundamental da dignidade da pessoa humana e da liberdade, bem como os princípios constitucionais, penais e processuais penais, como forma de analisar o processo penal, dentro das garantias inseridas na Constituição Federal de 1988.

O segundo capítulo versará sobre o poder punitivo e os fundamentos da pena, iniciando com seu referencial histórico, avançando com o poder punitivo estatal, suas teorias de controle social, finalidade das penas e finalizando com a pena privativa de liberdade.

O último tratará a prisão cautelar como pena processual antecipada. Para tanto, será analisado o instituto da detração penal, a percepção relativa do tempo de prisão para o ser humano, a razoabilidade da custódia cautelar, o excesso de prazo, o erro judiciário e a relação existente entre a prisão cautelar e a finalidade da pena.

CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PRINCÍPIOS DE UM PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

1.1 Direito fundamental da dignidade humana e da liberdade

1.1.1 Os Direitos humanos na forma atual dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser considerados um dos temas mais importantes a serem tratados em qualquer trabalho de pesquisa científico dentro das ciências sociais, pois, além de serem garantias, possuem conceitos e teorias diversificadas, de acordo com a área que se busca pesquisar e entender, conforme explica Alexy (2008, p. 31):

Sobre os direitos fundamentais é possível formular teorias das mais variadas espécies. Teorias históricas, que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais, teorias filosóficas, que se empenham em esclarecer seus fundamentos, e teorias sociológicas, sobre as funções dos direitos fundamentais no sistema social, são apenas três exemplos. Difícil haver uma disciplina no âmbito das ciências humanas que, a partir de sua perspectiva e com seus métodos, não esteja em condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais.

Com relação ao conceito de direitos fundamentais, José Afonso da Silva (2005), lembra a dificuldade em defini-los, tendo em vista serem empregadas várias expressões para designá-los, como por exemplo: direitos naturais, humanos, do homem, fundamentais do homem, dentre outros.

Contudo, o mesmo autor (2005, p. 178) esclarece:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no *nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e aquelas constituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem sempre sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. *Do homem* não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais* da pessoa humana, expressamente, no art. 17.

Para Miranda (1998, p. 9), direitos fundamentais são entendidos como:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Santos (2014, p. 32) aborda a questão da nomenclatura:

Tendo em vista a nomenclatura direitos humanos e direitos fundamentais, sem deixar de lado a origem de um direito natural da pessoa humana, destaca-se que o primeiro termo se volta ao âmbito internacional, relacionando-se à filosofia e ciências sociais, enquanto que a expressão direitos fundamentais tem em vista direitos previstos em uma constituição.

Bonavides(2015, p.574), citando Konrad Hesse, questiona as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais sendo usadas indiferentemente e afirma seu uso promíscuo, bem como traz seu conceito:

A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães. Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo. Ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.

Brega Filho (2002, p. 71), por sua vez, lembra que os direitos fundamentais só são aplicados à pessoa humana, não sendo utilizado na fauna e na flora:

Os direitos fundamentais estão relacionados à pessoa humana, pois, como já dissemos anteriormente, os direitos fundamentais são aqueles necessários a garantir uma vida de acordo com o princípio constitucional da dignidade humana. Não existem, portanto, direitos fundamentais dos animais ou das árvores. É certo que o meio ambiente equilibrado é direito

fundamental, mas tem por objeto a proteção da vida humana, a garantia de uma vida sadia.

A par disso, falar em dignidade humana é tratar de puro subjetivismo, isto porque, inexiste uma definição incontestável sobre o tema. Aliás, tentar conceituá-lo tem sido um desafio ao longo dos tempos.

Neste sentido, vale a lição de Sarlet (2001, p, 38):

Ainda que as considerações até agora tecidas já possam ter lançado alguma luz sobre o significado e o conteúdo da dignidade da pessoa humana, não há como negar, de outra parte, que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida, isto sem falar na questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje.

Outro aspecto relevante é o fato de alguns autores não aceitarem o uso da dignidade humana como um conceito jurídico, isto é, não concordarem com sua aplicação no direito, conforme lembra Barroso (2014, p. 55):

Inúmeros autores têm se oposto ao uso da dignidade humana no Direito – quando não em qualquer outra área. Um dos argumentos contrários ao uso da dignidade é de natureza formal: a dignidade humana não está presente no texto das constituições de muitos países, sendo que os dois exemplos mais conhecidos são França e Estados Unidos. Quando esse é o caso, alguns sustentam que não seria legítimo que as cortes importassem – ou contrabandeassem – a dignidade humana para interpretação constitucional.

Em sentido contrário, Santos (2014, p. 39) relata a importância dos direitos humanos, justamente no direito:

Como referência e ocupando a posição central do Direito, encontra-se o ser humano, sendo que sua dignidade é um bem maior a servir de referência e estrutura a todos os direitos fundamentais, à autonomia individual e à personalidade de cada indivíduo, funcionando essa dignidade como fundamento e limite dos direitos indispensáveis.

Com relação ao aspecto formal citado, pelo menos no Brasil, a Constituição Federal de 1988, tratou explicitamente do tema, encontrando-se disposto, tal princípio no Título I, no art. 1º, *in verbis*:

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

I – a dignidade da pessoa humana;

Sobre este aspecto, leciona Sarlet (2001, p. 67-68):

Com efeito, se em outras ordens constitucionais, onde igualmente a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão, nem sempre houve clareza quanto ao seu correto enquadramento, tal não ocorre – ao menos aparentemente entre nós. Inspirando-se neste particular – especialmente no constitucionalismo lusitano e hispânico, o Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guiando-a, pela primeira vez – consoante já reiteradamente frisado – à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III). Aliás, a positivação na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental é, por sua vez, a que melhor afina com a tradição dominante no pensamento jurídico-constitucional luso-brasileiro e espanhol, apenas para mencionar modelos mais recentes é que tem exercido ao lado do paradigma germânico – significativa influência sob a nossa própria ordem jurídica.

Quanto ao valor fundamental, esclarece Barroso (2014, p. 64):

Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. Não é necessário elaborar de modo mais profundo e detalhado a distinção qualitativa existente entre princípios e regras. A concepção adotada aqui é a mesma que se tornou dominante na Teoria do Direito, baseada no trabalho seminal de Ronald Dworkin sobre o assunto, acrescida dos desenvolvimentos posteriores realizados pelo filósofo de direito alemão Robert Alexy.

Como referencial histórico, pode-se afirmar que em determinado momento, foi necessário à preocupação do ser humano com os direitos fundamentais, em razão da sua própria relação com o Estado, já que este sempre deteve grande poder.

Neste diapasão, assevera Scarance Fernandes (2002, p. 13):

Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poderio estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais, tendo o Brasil, segundo José Afonso da Silva, sido o primeiro a introduzir em seu texto normas desse teor. Além disso, principalmente após as guerras mundiais,

os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo.

Destarte, acabou sendo necessário, no período pós-guerras, onde se criou nas pessoas um sentimento maior de humanidade, em razão de milhares de vidas perdidas e atrocidades ocorridas, principalmente, na segunda grande guerra, que se evidenciou o desprezo pelo ser humano, a eliminação desmedida, desregrada, a falta de benevolência, benignidade e bondade através do holocausto ou sacrifício humano, a realização de pactos e acordos internacionais, justamente para se tratar o ser humano com mais dignidade e ter respeitados seus direitos fundamentais.

Scarance Fernandes (2002, p. 14) afirma:

Nesse contexto, são fundamentais, a Declaração dos Direitos Universais do Homem, produzida na Assembléia das Nações Unidas, aos 10 de dezembro de 1948; a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma em 10 de novembro de 1948; o Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos adotado pela Resolução 2.200 – a XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992; a Convenção dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

Torna-se necessário esclarecer que todos estes pactos firmados e outros tratados internacionais que trazem estes direitos fundamentais à sociedade, são importantes às nações, pois, são verdadeiras garantias de que as pessoas poderão ter assegurados todos os seus direitos, em especial a dignidade da pessoa humana.

E quanto ao Brasil e sua relação com estes pactos internacionais? Como o país se associa a tais direitos? Piovesan (2015, p. 82) explica e traz a importância de sua aplicabilidade pelos operadores do direito:

Como demonstrado por este estudo, os tratados internacionais de direitos humanos podem contribuir de forma decisiva para o reforço da promoção dos direitos humanos no Brasil. No entanto, o sucesso da aplicação deste instrumental internacional de direitos humanos requer a ampla sensibilização dos agentes operadores do Direito, no que se atém à relevância e à utilidade de advogar esses tratados perante as instâncias nacionais e internacionais, o que pode viabilizar avanços concretos na defesa do exercício dos direitos da cidadania. A partir da Constituição de 1988, intensifica-se a interação e a conjugação do Direito Internacional e do Direito Interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógicas próprias, fundadas no

princípio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional somado ao processo de constitucionalização do Direito Internacional. A carta de 1988 e os tratados de direitos humanos lançam um projeto democratizante e humanista, cabendo aos operadores do direito introjetar e incorporar os seus valores inovadores. Os agentes jurídicos hão de se converter em agentes propagadores de uma ordem renovada, democrática e respeitadora dos direitos humanos, impedindo que se perpetuem os antigos valores do regime autoritário, juridicamente repudiado e abolido.

Dessa maneira, dentre os enfoques até aqui tratados, é necessário trazer um conceito do que vem a ser então a dignidade da pessoa humana, de modo que se optou pela conceituação elencada por Sarlet (2001, p. 60):

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

A partir de tal conceituação é imprescindível entender a dignidade da pessoa humana dentro da pesquisa que se propõe, ou seja, sua relação íntima com a questão da prisão cautelar e seu aspecto jurídico de pena processual antecipada. Assim, se torna claro tratar também de outro princípio constitucional inerente a todos os seres humanos, que é a liberdade, ou melhor, o direito a liberdade.

1.1.2 A dignidade da pessoa humana e o direito a liberdade frente ao processo penal constitucional

Viu-se que a dignidade da pessoa humana pode ser concebida como sendo a qualidade que cada um possui e que o faz merecedor de respeito e direitos advindos da comunidade e principalmente do Estado, evitando assim que possa vir a sofrer tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos.

É direito fundamental e base para todos os outros, inclusive quando se refere a outro direito indispensável e primordial para um Estado Democrático de Direito, qual seja, a liberdade. Por conseguinte, assim como ocorre com a dignidade da pessoa humana, a

liberdade também é tema de grande relevância social, seja para buscá-la, para garanti-la ou para retirá-la, de modo que continuamente se buscou estudá-la, defini-la e até mesmo entendê-la em seus vários aspectos, como destaca Santos (2014, p. 46):

A liberdade foi tema abordado por todos aqueles que se dispuseram a estudar a pessoa humana e o Estado, filosoficamente, a exemplo de Hobbes, Locke, Montesquieu, Kant, apresentando cada estudioso sua definição ou seu posicionamento a respeito do tema. Apesar de tão analisada, ainda hoje talvez não se tenha chegado a uma conclusão definitiva sobre o seu real significado. Podem-se notar posições extremadas que se contrapõem radicalmente, ou seja, desde aqueles que, ao defenderem um Estado totalitário, negam o direito à liberdade, a outros que, pregando um regime liberal e democrático, a concebem como algo absoluto, uma espécie de livre-arbítrio.

Immanuel Kant (2007, p. 68), por exemplo, afirmou ser necessário o homem usar o ser humano como fim e jamais como meio, justamente porque se preocupava com a questão da dignidade e liberdade:

Ora, digo eu: - O homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, *existe*, como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem // a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*. Todos os objectos das inclinações tem somente um valor condicional, pois, se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se baseiam, o seu objecto seria sem valor. (...) O imperativo prático será pois o seguinte: *Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca // simplesmente como meio.*

Importa frisar que em razão da proposta de pesquisa científica aqui tratada, a liberdade será abordada no âmbito jurídico, no sentido da pessoa física ou locomoção, por meio do direito constitucional, que a garante e por entre os direitos penal e processual penal que a retira do ser humano, através do poder de punir do Estado, por meio da segregação, seja cautelar, antes da sentença penal condenatória ou após o pronunciamento final para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Com estas considerações insta destacar que a Constituição Federal, através de seu art. 5º, *caput*, tratou da liberdade como um direito fundamental do ser humano, conforme afirmou Sanguiné (2014, p. 395):

A Constituição Federal também prevê tal direito fundamental (art. 5º, *caput*), assegurando ao preso uma série de garantias contra o

encarceramento arbitrário (incisos LXIV – LXVIII), que podem ser exercitadas através da ação constitucional de *habeas corpus*. O direito à liberdade e à segurança exige sejam concebidos como um todo. Portanto, a palavra segurança em combinação com liberdade deve ser entendida no sentido de conferir uma *proteção ao indivíduo contra a arbitrariedade* por parte dos poderes públicos contra a liberdade de uma pessoa. A proteção da *liberdade salvaguarda tanto a liberdade física* das pessoas como sua *segurança pessoal* contra a privação de *liberdade arbitrária*.

No mesmo sentido, entendendo que a Constituição Brasileira trata a liberdade como direito fundamental devidamente reconhecido no art. 5º, leciona Santos (2014, p. 55):

Como se constata, assim a atual Constituição Brasileira creditou à liberdade o devido valor, inserindo-a entre os direitos fundamentais reconhecidos pelo Estado, sendo mais abrangente e extensa que todas as constituições nacionais que a precederam, especificando e enumerando nos incisos do art. 5º, um a um tais direitos como decorrentes de um princípio maior, que é o da dignidade humana, devendo eventuais exceções a ele, que representem, por exemplo, restrições à liberdade, vir expressamente previstas em lei, não podendo ser submetidas à avaliação subjetiva de cada um.

Pode-se observar que tanto a dignidade da pessoa humana quanto a liberdade de locomoção, são considerados direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 e, portanto, devem ser garantidos e efetivados pelo Estado, até porque todas as normas e princípios constitucionais são hierarquicamente superiores às demais leis. Assim, a Constituição Federal exerce uma supremacia em relação às outras leis, de modo que se sobrepõe a elas, conforme ensina Barroso (2013, p. 323):

O poder constituinte cria ou refunda o Estado, por meio de uma constituição. Com a promulgação da constituição, a soberania popular se converte em supremacia constitucional. Do ponto de vista jurídico, este é o principal traço distintivo da Constituição: sua posição hierárquica superior as demais normas do sistema. A Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário – isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral - porque fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional (v.supra).

Ocorre que muitas vezes o próprio Estado não respeita estes direitos fundamentais, infringindo a própria norma de direito constitucional como já se posicionou Greco (2014, p. 72):

Embora o princípio da dignidade da pessoa humana tenha sede constitucional, sendo, portanto, considerado como um princípio expresso, percebemos, em muitas situações, a sua violação pelo próprio Estado. Assim, aquele que seria o maior responsável pela sua observância, acaba se transformando em seu maior infrator. (...) Veja-se, por exemplo, o que ocorre, via de regra, com o sistema penitenciário brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como os da superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase que impossível, pois, que não existem programas governamentais para a sua reinserção social, além do fato de a sociedade não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal.

Por conseguinte, é necessário que o Estado além de dar efetividade aos direitos fundamentais consagrados, como dignidade da pessoa humana e liberdade, também determine o processo penal constitucional já que este poderá servir como uma garantia direta para quem está sendo acusado ou processado e indireta para toda a sociedade.

Vale lembrar que apesar do nosso Código de Processo Penal ter passado por várias reformas em seu corpo normativo, o mesmo é de 1941, elaborado num período contrário ao democrático, ou seja, fascista e autoritário. Notadamente, após o advento da Constituição Federal de 1988, vários de seus dispositivos legais se chocaram com a Magna Carta, pois, defendem ideias totalmente opostas. Assim, para que possa o direito processual caminhar ao lado da Constituição, deve seguir os seus preceitos e se adequar a lei maior.

Neste diapasão leciona Lopes Jr (2014, p. 45):

A Constituição da República escolheu a estrutura democrática sobre a qual há que existir e se desenvolver o processo penal, forçado que está – pois modelo pré-constituição de 1988 – a adaptar-se e conformar-se a esse paradigma. Então, não basta qualquer processo, ou a mera legalidade, senão que somente um processo penal que esteja conforme as regras constitucionais do jogo (devido processo) na dimensão formal, mas, principalmente, substancial, resiste a filtragem constitucional imposta. Feito isso, é imprescindível marcar esse referencial de leitura: o processo penal deve ser lido á luz da Constituição e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é o que deve ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.

Com isso, falar em processo penal constitucional nada mais é do que aplicá-lo a luz da Constituição Federal de 1988, com todas as garantias, princípios e direitos fundamentais ali tratados, em especial, a dignidade da pessoa humana e a liberdade, já que

o Estado através da verticalização do poder punitivo poderá retirá-la do ser humano e o colocá-lo num ambiente carcerário que, como é sabido, na maioria das vezes, não respeitará a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, não pode o processo, principalmente o processo penal, ser analisado de maneira isolada sem as garantias constitucionais, ou como bem frisou Scarance Fernandes:

Cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: esse é o caminho, já ensinava Liebman, que transformara o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia da liberdade.

Ademais, segundo Lopes Jr. (2015, p. 30), o processo penal democrático se dá pela efetivação da Constituição através da instrumentalidade:

Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui a ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá por meio da sua *instrumentalidade constitucional*. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição.

Dessarte, pensar em um processo penal sendo interpretado de maneira diversa da Constituição Federal não é aceitável dentro de um regime democrático, ainda mais com a vigência de uma constituição democrática e cidadã que traz em seu corpo, direitos, princípios e fundamentos que devem ser respeitados, seguidos e principalmente aplicados, pois, só através de sua verdadeira efetivação é que se pode se fazer valer seus preceitos, até porque não estamos em um regime ditatorial que é bem diferente do democrático como leciona BOBBIO (1999, p. 96-97):

A diferença fundamental entre as duas formas antiéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas em normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a

máxima “Tem razão quem vence” é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima “Vence quem tem razão”; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da “supremacia da lei” (*rule of law*).

Desse modo, a análise e o estudo dos princípios constitucionais, penais e processuais penais, se torna estritamente necessário ao objeto pesquisado neste trabalho, uma vez que tanto o direito processual penal e o direito penal não podem ser pensados e aplicados fora das garantias, princípios e direitos elencados na Constituição Federal de 1988.

1.2 Princípios Constitucionais, penais e processuais penais

1.2.1 Princípios Constitucionais

1.2.1.1 Princípio da legalidade

De modo geral várias são as abordagens acerca da palavra ou expressão princípios, Bonavides (2015) traz a ideia citando Luís-Diez Picazo que afirma ser a palavra princípio, derivada da linguagem da geometria, onde se designava as chamadas verdades primeiras, por isso são princípios, ou seja, estão ao princípio no sentido de origem.

Na acepção jurídica afirma Bonavides (2014, p. 261):

Como princípios de um determinado Direito Positivo, prossegue Picazo, têm os princípios, dum lado, “servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo” e, doutro, de normas obtidas “mediante um processo de generalização e decantação dessas leis”.

José Afonso da Silva (2014, p. 93) entende que a palavra princípio é equívoca:

A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de *começo*, de *início*. *Norma de princípio* (ou *disposição de princípio*), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as *normas de princípio institutivo* e as de *princípio programático*. Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios da expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição. *Princípio* aí exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema”.

De fato, os princípios constitucionais, devem ser como alicerces imprescindíveis dentro de um sistema de normas na qual traçam sua importância através de sua capacidade de harmonizar os conflitos, funcionando como verdadeiros mandamentos a serem respeitados e seguidos.

Quanto ao princípio da legalidade constitucional, o art. 5.º, inciso II da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) dispõe que: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. A partir deste dispositivo constitucional nasce para nós o princípio da legalidade nos moldes da constituição em vigor. Silva (2014) afirma que este princípio é essencial para o Estado de Direito, bem como basilar para o Estado Democrático de Direito, pois, se subordina a Constituição com fundamento na legalidade democrática.

Ressalta-se que este princípio também serve como uma garantia de limitação do poder já que é necessária a vigência da própria lei para que a mesma comece a gerar efetivamente seus efeitos ou como salientou José Afonso da Silva (2014, p. 423):

É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.

Para Figueiredo (2001, p. 42), o princípio da legalidade mostra-se como um triunfo do Estado de Direito, “a fim de que os cidadãos não sejam obrigados a se submeter ao abuso de poder. Por isso, ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’”.

Puccinelli Júnior (2013, p. 220) lembra que o princípio da legalidade exerce através da lei, um limite ao arbítrio estatal e o considera como o mais avançado marco do Estado de Direito, tendo em vista que tanto o poder público quanto os particulares se submetem ao império das leis e afirma:

A nosso ver, o princípio da legalidade mais se assemelha a uma garantia constitucional do que propriamente um direito individual, porquanto não tutela especificamente qualquer bem da vida, mas se destina a assegurar ao indivíduo a prerrogativa de repelir eventuais obrigações impostas por outra via que não seja a da lei, a qual teoricamente guarda feição democrática ante a participação popular no seu processo formativo mediante a técnica da representação parlamentar (técnica de democracia indireta).

Alexandre de Moraes(2015, p. 41/42) chama a atenção para o fato do princípio da legalidade está mais próximo de uma garantia constitucional do que individual, tendo em vista que ela não trata de um bem da vida, contudo, garante ao indivíduo a possibilidade de rechaçar eventual imposição que não seja oriundo de uma lei.

O art. 5º, II da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme, salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificadamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei, pois, como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei”.

Por conseguinte, a expressão “em virtude de lei” inserida no referido princípio diz respeito à lei, em sentido formal, que passa por todos os trâmites do Poder Legislativo, que possui a competência e a legitimidade no processo de elaboração das leis seguindo-se o disposto na própria Constituição Federal em seus artigos 59 a 69. Contudo, é possível que a lei seja feita através de um “ato equiparado”, conforme explicado por Silva (2014, p. 424):

Há, porém, casos em que a referência à lei na Constituição, quer para satisfazer tão só as exigências do princípio da legalidade, quer para atender hipóteses de reserva (infra), não exclui a possibilidade de que a matéria seja regulada por um “ato equiparado”, e *ato equiparado à Lei formal*, no sistema constitucional brasileiro atual serão apenas a *lei delegada* (art. 68) e as *medidas provisórias, convertidas em lei* (art. 62), as quais, contudo, só podem substituir a lei formal em relação àquelas matérias estritamente indicadas nos dispositivos referidos.

Importa destacar ainda a necessidade de se distinguir o princípio da legalidade e o da reserva legal, visto que o primeiro limita o Poder do Estado no sentido de obrigatoriedade dentro de uma norma vigente na margem estabelecida pelo Poder Legislativo e o segundo dispõe sobre a necessidade de determinadas matérias só poderem ser estatuídas de acordo com a lei formal.

Leciona José Afonso da Silva (2015, p. 425):

Em verdade, o problema das relações entre os princípios da legalidade e da reserva de lei resolve-se com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. Quando essa outorga consiste no poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relações, como vimos antes, tem-se o princípio da legalidade. Quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontramos diante do princípio da reserva legal. Por isso é que Christian Starck, examinando a questão em face da Constituição da República Federal da Alemanha, esclarece que, junto à reserva geral, ela reconhece uma série de reservas particulares.

De fato, pode-se exemplificar esse fenômeno através do princípio da legalidade penal previsto no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal e também no art. 1º do Código Penal Brasileiro. Com efeito, não existe possibilidade da criação de um crime com a determinação de uma sanção sem que haja uma lei específica para isso, muito menos que se possa ultrapassar o limite determinado pela lei.

Portanto, pode-se afirmar que tanto a legalidade quanto a reserva de lei são garantias limitadoras do Poder do Estado, necessárias, principalmente por se tratar de um Estado Democrático de Direito.

1.2.1.2 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal é norma positivada na Constituição Federal de 1988, conforme leciona José Afonso da Silva (2014), sendo assegurado a todos o direito de não ser privados da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal, ou nas palavras de Antonio Scarance Fernandes (2002): A garantia do devido processo legal tem como antecedente remoto o art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões na Inglaterra. Falava-se inicialmente em law of the land. Com efeito, o direito processual é uma garantia às partes que litigam no processo, logo, possuir uma prerrogativa constitucional é fator fundamental na garantia dos direitos, inclusive os direitos fundamentais. Neste diapasão Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 31) ensina:

É o processo o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperadora, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu). Nenhuma dessas atividades deve ser o centro, impondo-se sobre as outras. O excessivo realce à predominância da jurisdição sobre as partes é reflexo do exagerado intervencionismo estatal. Prestigiar a ação é ressaltar a atividade do autor em detrimento da atuação do Estado e da defesa. Colocar a defesa como a razão do

processo é, também, valorizar uma das partes da relação jurídica processual em prejuízo da outra. O processo é o ponto de convergência e irradiação. É nele e por meio dele que alguém pode pleitear a afirmação concreta de seu direito. É através do processo que o juiz, como órgão soberano do Estado, exerce sua atividade jurisdicional e busca, para o caso, a solução mais justa.

Segundo Alexandre de Moraes (2015, p. 112), a Constituição Federal de 1988, inova em relação às anteriores, pois, fez referência expressa ao devido processo legal, bem como se beneficiou com relação aos princípios próprios do direito processual penal, no tocante a privação dos bens e afirma que o mesmo possui dupla proteção ao indivíduo.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Puccinelli Júnior (2013, p. 295) enfatiza os aspectos material e formal do princípio do devido processo legal esclarecendo: O princípio do devido processo legal (*due process of law*), cuja origem remonta ao nascimento do Estado de Direito, pode ser concebido tanto sob o aspecto material (*substantive due process*) quanto sob o prisma formal (*procedural due process*). Em se tratando do Brasil o autor afirma que tal princípio é compreendido em seu aspecto formal tendo em vista que a Constituição contempla o processo como uma garantia contra um excesso estatal.

O princípio em estudo também impede a desnaturação do processo por meio de inovações legislativas tendentes a promover injustificável abolição de garantias e excessiva abreviação de ritos e formas, em flagrante prejuízo aos direitos subjetivos que deveria amparar. É dizer o desejo de imprimir maior celeridade aos processos judiciais e administrativos, apesar de louvável, não pode desaguar na amputação da própria garantia constitucional, atingindo-lhe o núcleo material com o propósito de transformá-la em promessa irrealizável.

Neste diapasão, pode-se interpretar que o princípio do devido processo legal também é um limitador estatal, já que o impede diretamente de tomar decisões arbitrárias e causar prejuízo aos seus tutelados. É verdadeira garantia já que em se tratando de processo em que há o envolvimento direto das partes litigantes, estas possuem igualdade de direitos e de tratamento, já que outros princípios também são garantidos, como o contraditório e a

ampla defesa por exemplo. Para José Afonso da Silva (2014, p. 434/435), com estes direitos assegurados se fecha o ciclo das garantias processuais:

O princípio do *devido processo legal* entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Carta Magna inglesa: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o *processo* e “quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregues pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”, conforme autorizada lição de Frederico Marques.

Como se vê o princípio do devido processo legal deve ser analisado em conjunto com outros princípios constitucionais que auxiliam e garantem o bom andamento do processo, no que tange a possibilidade de assegurar às partes litigantes, a lealdade processual estatal, já que se torna necessário e obrigatório, por exemplo, garantir o contraditório e a ampla defesa sob pena de ser poder, inclusive, anular um processo que não tenha sido assegurado pelo Estado-juiz, tais princípios. Sobre o contraditório e a ampla defesa Puccinelli Júnior (2013, p. 295) leciona:

O contraditório acentua o caráter dialético da marcha processual, ao assegurar aos litigantes oportunidades iguais, paritárias e bilaterais de manifestação, produção de provas, ciência dos atos processuais e impugnação de peças. A ampla defesa, por seu turno, compreende todos os recursos, meios e provas colocados à disposição do indivíduo, judicial ou administrativamente, para a defesa de seus interesses legítimos. Por sua abrangência, a ampla defesa engloba o contraditório e contempla, dentre outras garantias, as de: a) ser citado ou intimado de todos os atos processuais que lhe digam respeito; b) contrapor-se às pretensões contrárias; c) ser julgado pela autoridade competente; d) produzir provas lícitas e legítimas; e) impugnar provas irregulares; f) recorrer de decisões desfavoráveis; g) valer-se da assistência judiciária, inclusive gratuita.

De fato é inconcebível pensar no direito processual, principalmente penal, sem a garantia constitucional do devido processo legal, e dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ter o direito de se defender nos moldes legais existentes e poder demonstrar o contrário da acusação traz à garantia necessária a lisura do processo, atestando que a parte teve a oportunidade legal de demonstrar a sua versão para o fato trazido contra si.

1.2.1.3 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade

Viu-se que os princípios da legalidade, reserva legal e devido processo legal atua como forma de limitar os possíveis excessos advindos dos poderes estatais. Contudo, além destes existe também o chamado princípio da proporcionalidade que opera da mesma forma. Sanguiné (2014, p. 619) destaca a origem histórica e a evolução deste princípio:

O princípio da proporcionalidade é uma noção geral utilizada desde épocas remotas na matemática e em outras áreas do conhecimento. A relação entre o meio e o fim, que constitui a base epistemológica da proporcionalidade, se encontrava já como forma de pensamento na filosofia prática da Grécia clássica. Estes primeiros desenvolvimentos repercutiram, mais tarde, na cultura jurídica romana, na qual o princípio de proporcionalidade alcançou uma importância essencial no âmbito do Direito privado. Na época moderna, irrompeu no Direito Público, unido a gestação dos primeiros controles jurídicos da atividade do Estado e, desde então, não deixou de evoluir e expandir-se ao longo de todas as áreas do Direito que regulam as relações entre o poder público e os particulares.

Bonavides (2015, p. 401) provoca o questionamento acerca do referido princípio, indagando a importância dele para o Direito Constitucional contemporâneo em relação a sua evolução doutrinária e alerta sobre a dificuldade de atribuir uma definição.

Que é a proporcionalidade e que importância tem ela no Direito Constitucional Contemporâneo em face de seus mais recentes progressos doutrinários? De início, faz-se mister a advertência de Xavier Philippe de que há princípios mais fáceis de compreender do que definir. A proporcionalidade entra na categoria desses princípios. Procede assim a percuciente observação do publicista francês.

Em seguida o mesmo autor, citando Pierre Muller, afirma ser possível determinar, provisoriamente, duas noções sobre o princípio da proporcionalidade sendo uma no sentido lato e outra no sentido estrito. No primeiro caso seria ele, a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercitam ou toleram o poder; no segundo caso, ou seja, em *stricto sensu*, se caracterizaria pela presunção da relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios de seu desfecho.

Para Guerra Filho (2005, p. 255) o princípio da proporcionalidade limita o poder estatal em benefício de seus sub-rogados e cita na origem a Magna Carta inglesa de 1215.

A ideia subjacente à proporcionalidade, *Verhältnismäßigkeit*, noção dotada atualmente de um sentido técnico no direito público e teoria do

direito germânicos – ou seja, o de limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados -, confunde-se em sua origem, como é fácil perceber, com o nascimento do moderno Estado de Direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis. Um marco histórico para esse tipo de formação política costuma-se apontar na *Magna Charta* Inglesa, de 1215, na qual aparece com toda clareza manifestada a ideia acima referida, quando estabelece: “o homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito. Essa espécie de contrato entre a Coroa e os senhores feudais é a origem do Bill of Rights, de 1689, onde, então, adquirem força de lei os direitos frente à Coroa, estendidos, agora, aos súditos em seu conjunto.

Puccinelli Júnior (2013) lembra o fato do princípio da proporcionalidade está ligado diretamente aos direitos fundamentais e a evolução do próprio Estado de Direito, sendo que no início apareceu de maneira retraída e com o tempo foi alçado à categoria de norma constitucional não escrita desempenhando importante papel na solução de interpretação nas searas legislativas, administrativas e judiciais através do exame das compatibilidades entre os meios e os fins. Em outra passagem o mesmo autor (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 88) ensina que no Brasil, tal princípio vem se consolidando como uma medida para o controle judicial dos atos do Poder Público, inclusive na seara legislativa, tendo autores que vão trata-lo também como princípio da razoabilidade: “imperioso destacar que alguns autores tratam a proporcionalidade e a razoabilidade como um só princípio, enquanto outros sustentam a existência de diferenças substanciais apesar de ambas se voltarem contra medidas estatais despropositadas”.

Para Barroso (2014, p. 283) tal princípio é um produto advindo de dois sistemas diversos, o da doutrina do devido processo legal do direito norte-americano e do princípio da proporcionalidade do direito alemão e afirma:

Em resumo, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. Nessa avaliação, o magistrado deve ter cuidado de não invalidar escolhas administrativas situadas no espectro do aceitável, impondo seus próprios juízos de conveniência e oportunidade. Não cabe ao judiciário impor a realização das *melhores políticas*, em sua própria visão, mas tão

somente o bloqueio de opções que sejam manifestamente incompatíveis com a ordem constitucional. O princípio também funciona como um critério de ponderação entre proposições constitucionais que estabeleçam tensões entre si ou que entrem em rota de colisão.

Com essas considerações, verifica-se a importância do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade no ordenamento constitucional de modo a garantir, principalmente, a eficácia dos direitos fundamentais dentro do Estado Democrático de Direito, sendo possível através do Poder Judiciário invalidar qualquer medida do Estado que seja prejudicial a tais direitos.

1.2.1.4 Princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Este é o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, constante no art. 5.º, LVII, da CF/88. Mais que um princípio é garantia constitucional e primordial ao direito processual penal, podendo ser considerada uma das mais importantes formas de proteção aos acusados de delitos. Segundo Lopes Jr. (2014), remonta ao Direito romano, através dos escritos de Trajano, contudo, se perdeu na época da Idade Média. Com efeito, neste período predominava o sistema inquisitivo, onde inexistia qualquer preocupação com possíveis direitos dos imputados, mas apenas em se conseguir comprovar a prática delitiva através da prova, que na maioria das vezes era obtida através de confissão mediante tortura.

Ainda sobre o referencial histórico Lopes Jr (2014, p. 216), ensina:

A presunção de inocência e o princípio da jurisdicionalidade, foram, como explica FERRAJOLI, finalmente consagrados na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. A despeito disso, no fim do século XIX e início do século XX, a presunção de inocência voltou a ser atacada pelo verbo totalitário e pelo fascismo, a ponto de MANZINI chama-la de “estranho e absurdo extraído do empirismo francês”.

Sobre a influência Manzinista, Tedesco (2013, p.80) afirma que sua ideia se espalhou pelo Direito Continental e também pelo Direito americano, em especial aqui no Brasil através do Código de Processo Penal em vigor, que é claramente fascista e cita a exposição de motivos, escrita pelo então Ministro Francisco Campos:

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. ... O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal- compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade e expedita aplicação da justiça penal.

No entanto, enquanto o Código de Processo Penal vigente de 1941 pode ser considerado fascista, a Constituição Federal de 1988 não pode, pois, como se viu é considerada democrática e cidadã que traz direitos fundamentais e garantias individuais que devem ser devidamente respeitadas e aplicadas. Ademais, não é ela que tem que ser analisada a luz de um código processual, mas é o código processual, neste caso o processual penal que deve ser interpretado a luz constitucional e demais pactos internacionais que somos signatários.

Importa destacar que vários são os pactos internacionais que tratam do princípio da presunção de inocência conforme lembra Marcão (2014, p.74):

Dispõe o art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que “Todo acusado é considerado inocente até ser considerado culpado”. Nessa mesma linha de pensamento, diz o art. 8º, §2º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), adotada pelo Brasil por meio do Decreto n. 678, de 06-11-1993, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprovar legalmente a sua culpa”, regra também disposta em outros textos internacionais.

Tema que sempre ganha discussão acadêmica é com relação à nomenclatura, pois, afinal o princípio é da presunção da inocência ou da não culpabilidade? Sobre este fato, a lição de Tedesco (2013, p. 77-78) é relevante:

A primeira questão que deve ser colocada é sobre a existência ou não do princípio da presunção de inocência na Carta Magna de 1988. Há julgados do Supremo Tribunal Federal que tratam do princípio da presunção de inocência, fazendo-lhe expressa referência. Outros julgados tratam de princípio constitucional de não culpabilidade, enquanto outros ainda se referem à garantia da presunção de inocência ou à garantia da não culpabilidade. Em verdade, quer se trate de presunção de inocência ou de presunção de não culpabilidade, faz-se referência a um direito fundamental da pessoa humana, assegurado na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória) e nas Cartas Universais referentes aos Direitos Humanos (art. 11, inciso I, da “Declaração Universal dos Direitos Humanos”; “Pacto Internacional sobre os Direitos Civis Políticos de 1966”; “Convenção Europeia dos Direitos do Homem

de Roma/1950”; e a “Convenção Americana sobre Direitos Humanos de San Jose da Costa Rica/1969”). Portanto, trata-se de um direito fundamental, expressamente previsto, que deve ser entendido como uma garantia da pessoa humana.

Por outro lado, parece que quando se utiliza a expressão princípio da não culpabilidade, é como se a presunção da inocência perdesse força, pois, uma coisa é o direito de ter presumida a própria inocência, outra é ser considerado não culpado. De qualquer forma a discussão acerca do nome do princípio relacionado à Constituição Federal deve permanecer no meio acadêmico, pois, partindo para a efetiva aplicação prática do referido princípio é adequado se utilizar a expressão presunção de inocência, uma vez que, se somos signatários do Pacto de San Jose da Costa Rica e lá está disposta a palavra “inocência”, resta evidenciado que no nosso processo penal pátrio, a melhor expressão, é sem dúvida, a presunção de inocência e não o da não culpabilidade. Notadamente, tal princípio, muitas vezes, se relaciona intimamente com outro direito fundamental que é a liberdade do ser humano, logo é direito deste ter presumida a sua inocência. Ademais, não se pode esquecer que historicamente, houve inúmeros sacrifícios de vidas humanas para que hoje se possa gozar de tal direito fundamental do ser humano.

Relevante notar que o referido princípio foi ganhando força tendo em vista a necessidade de se combater o excessivo abuso de poder exercido pelo mais forte. O fato de ter contra si uma imputação criminosa, por si só, já estigmatiza o ser humano diante da própria sociedade. Basta uma acusação para que a pessoa seja taxada como “bandido” ou “marginal”. Nem mesmo quem teria por obrigação legal, respeitar tal princípio, às vezes o faz. Por isso mesmo a dificuldade de se ver na prática a aplicabilidade de tão importante princípio, onde historicamente pessoas perderam suas vidas na defesa de tal direito. Contudo, é obrigação dos operadores do direito lutar pela sua aplicação prática defendendo e buscando sua real efetivação, pois, só assim é possível ter uma sociedade mais justa dentro de um regime democrático cidadão.

Alexandre de Moraes analisando o princípio afirma que há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do imputado, já que o mesmo é considerado, constitucionalmente, presumido inocente, sob pena de se retroceder e permitir o abuso estatal, bem como se afastar dos direitos e garantias individuais existentes e ressalta:

Importante destacar que, em face do Princípio da Presunção de Inocência a situação de “*dúvida razoável*” somente pode beneficiar o réu, pois como destacado pelo Ministro Celso de Mello, “nenhuma acusação penal

se presume provada. Esta afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia. Com a superveniência da Constituição de 1988, proclamou-se explicitamente (art. 5º, LVIII), um princípio que sempre existira de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: o princípio da não culpabilidade”.

Assim, é necessário ao Estado em especial ao Estado-Juiz respeitar e aplicar sempre a presunção de inocência, pois, é uma garantia ao acusado de que terá a oportunidade de demonstrar o contrário da imputação, ou a forma diversa do fato ocorrido sendo considerado totalmente inocente, perdendo tal direito, apenas quando for condenado por decisão judicial condenatória devidamente fundamentada e transitada em julgado.

Em recente decisão o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Habeas Corpus nº 126.292 em 17.02.2016, deu nova interpretação ao princípio, entendendo ser possível a execução provisória de uma pena privativa de liberdade, desde que em segundo grau, a mesma seja confirmada pelo Tribunal. Para o Ministro Relator do Habeas Corpus Teori Zavascki, os recursos constitucionais não visam reexame de fatos, mas apenas questões de direito. Portanto, em se tratando de uma confirmação da sentença em segunda instância, mesmo que o condenado exerça o direito ao recurso especial para o STJ, por exemplo, ainda assim, deverá começar a cumprir a sua pena. Portanto, a luz do STF, a presunção de inocência vale até a decisão de segundo grau e não mais quando transitar em julgado.

1.2.1.5 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Também imprescindíveis ao processo penal constitucional, bem como o próprio sistema acusatório é a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa existentes na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; com efeito, também são garantias que possui a pessoa acusada de cometer um delito que poderá se defender amplamente bem como contradizer, divergir ou discordar da referida imputação criminosa. No entanto, esta garantia (contraditório) também pode ser estendida ao órgão acusador no sentido de que também pode contradizer o alegado pelo imputado, ou seja, a garantia acaba sendo às partes litigantes.

Para Lopes Jr. (2014) pode ser tratado como um método de confronto entre a prova e a comprovação da verdade, existente dentro de uma lide, um conflito disciplinado e ritualizado entre as partes, acusação como representante estatal e a defesa cujo interesse é do acusado e da própria sociedade, sendo indispensável à estrutura dialética do processo. Lopes Jr., (2014, p. 221) ainda destaca:

O ato de “contradizer” a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. Por isso, está intimamente relacionado com o princípio *audiatur et altera pars*, pois obriga que a reconstrução da “pequena história do delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo. O adágio está atrelado ao direito de audiência, no qual o juiz deve conferir a ambas as partes, sob pena de *parcialidade*. Para W. GOLDSCHMIDT, também serve para justificar a face igualitária da justiça, pois, “quien presta audiência a una parte, igual favor debe a la outra”.

Tourinho Filho (2012, p. 72), por sua vez, lembra que a nossa Constituição Federal é clara ao tratar do direito ao contraditório, bem como cita ainda o princípio do devido processo legal salientando que todo o processo do tipo acusatório deve ter assegurado o direito de o acusado conhecer os termos da imputação contra si, para que possa contrariá-la. Ele ainda aduz que:

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Assim, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Uma e outra estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, com os mesmos direitos, poderes e ônus, e, acima delas, o Órgão Jurisdicional, como órgão “superpartes”, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, “dar a cada um o que é seu”.

Importante lição traz Lima (2015, p. 48) entendendo que o contraditório está disposto às partes graças a expressão latina *audiatur et altera pars*, também mencionada, como vimos, pelos autores já citados, contudo, este autor entende que seriam dois, os momentos do contraditório:

Na clássica lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, sempre se compreendeu o princípio do contraditório como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los. De acordo com esse conceito, o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado a

discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes e não somente à defesa, a possibilidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo. Eis o motivo pelo qual se vale a doutrina da expressão “audiência bilateral”, consubstanciada pela expressão latina *audiautur et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa). Seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: **a)** direito à informação; **b)** direito de participação. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis.

No mesmo sentido Scarance Fernandes (2002, p. 58) também cita Joaquim Canuto Mendes de Almeida trazendo seu conceito de contraditório: “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”, no entanto, esclarece a necessidade da informação e da reação:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares.

Por conseguinte, o direito ao contraditório faz com que as partes litigantes possam responder, ou seja, reagir, a partir do momento que se tem a ciência ou a informação do fato, ou ainda como aduz Lopes Jr. (2014) para que os indivíduos participem da administração de Justiça. Notadamente, o contraditório acaba se efetivando no processo penal exatamente quando o acusado é citado para que possa no prazo legal oferecer sua defesa, que poderá ser ampla de acordo com o próprio princípio constitucional em análise. Com relação a defesa Lopes Jr. (2014) enfatiza o fato de ser tênue o limite que separa o contraditório e a ampla defesa. O autor esclarece que na prática, às vezes é imperceptível, aduzindo que em muitas vezes os dois princípios se fundem.

Por outro lado Scarance Fernandes (2002) lembra que este direito ao contraditório dentro do direito processual penal se dá na fase processual, e não na fase preliminar de investigação, ou seja, durante o Inquérito Policial, pois, inexistente o direito ao contraditório, de acordo com o disposto no próprio art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988. Segundo o autor, o inquérito policial não chega a ser nem procedimento, pois, falta a ele a característica essencial do procedimento, a formação de atos que obedeçam a uma sequência predeterminada pela lei. Por outro lado, ele afirma que existem posicionamentos

diversos em que consideram a possibilidade do contraditório na fase preliminar de investigação, como Rogério Lauria Tucci onde se teria maior liberdade e melhor exercício defensivo.

Em sentido contrário vale a lição de Alexandre de Moraes (2015, p. 114)

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois, a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.

Importa destacar que entrou em vigor a Lei 13.245/16 que alterou a Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) no seu art. 7º, que permite ao advogado ter uma participação mais efetiva na fase de investigação preliminar, inclusive, podendo oferecer quesitos em se tratando de perícia e sob pena de nulidade, caso o mesmo com o seu instrumento de mandato juntado seja impedido de acompanhar os atos a que se refere à lei.

O fato é que com essa mudança, poder-se-ia imaginar o fim do caráter inquisitivo do Inquérito Policial, contudo, em que pese o advogado poder participar mais das investigações, a referida alteração legislativa não rompeu com esse caráter, uma vez que a presidência do Inquérito Policial continuou nas mãos da autoridade policial. Com isso, a gestão dos elementos de informação e provas, que caracteriza tal sistema inquisitorial permaneceu inalterada, de modo que, o Inquérito Policial ainda é totalmente inquisitório.

Não obstante, em se tratando do processo penal, o fato é que não é possível imaginar o exercício da defesa sem ter o conhecimento da imputação criminosa, por uma razão muito simples: como posso me defender do que eu não sei? Sem o conhecimento da conduta, a princípio delituosa, a defesa se tornaria totalmente dificultosa. Desse modo, efetiva-la é uma garantia necessária para quem é acusado de cometer algum fato ilícito, sendo que essa defesa deve ser ampla ou como definiu Alexandre de Moraes (2015, p. 112):

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*por conditio*), pois, a todo o ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente,

ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Para Machado (2009) a ampla defesa é uma garantia constitucional do réu, para que o mesmo possa exercer, sem qualquer restrição, todos os mecanismos processuais disponíveis e necessários à salvaguarda de seus direitos, destacando a possibilidade de produção de prova, fazer qualquer alegação, interpor qualquer recurso cabível. Vale lembrar que o exercício da ampla defesa no estado democrático de direito é condição necessária ao exercício da própria democracia.

Alguns autores tratam da defesa como sendo técnica e pessoal, como ensina Lopes Jr. (2014, p. 224):

A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como *advogado de defesa*, *defensor* ou simplesmente *advogado*. Explica FENECH que a defesa técnica é levada a cabo por pessoas peritas em Direito, que têm por profissão o exercício dessa função técnico-jurídica de defesa das partes que atuam no processo penal para pôr de relevo seus direitos. (...) Junto à defesa técnica, existem também atuações do sujeito passivo no sentido de resistir pessoalmente à pretensão estatal. Através dessas atuações o sujeito atua pessoalmente, defendendo a si mesmo como indivíduo singular, fazendo valer seu critério individual e seu interesse privado. A chamada defesa pessoal ou autodefesa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial e judicial seu momento de maior relevância.

De fato, durante o interrogatório o sujeito passivo poderá tecer a sua versão sobre o fato ou até mesmo se negar a falar qualquer coisa, sendo que este silêncio não poderá ser interpretado em prejuízo a sua defesa. Ademais, ainda que o sujeito passivo falte com a verdade nesse ato, não comete crime algum, pois, não pode ser compromissado em falar a verdade, diferentemente do que ocorre com as testemunhas compromissadas. Com isso, o exercício da ampla defesa se configura nos moldes constitucionais de modo a dar ao imputado a possibilidade de se defender, conforme se verificou.

1.2.2 Princípios penais

1.2.2.1 Princípio da legalidade penal ou reserva legal

Disposto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXIX, bem como no art. 1º do Código Penal Brasileiro, este princípio traz a seguinte redação: não há

crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Sem dúvida, pode-se afirmar que tal princípio é uma garantia à sociedade que não poderá ser imputada nem penalizada por algo que uma lei não considere um crime. Com efeito, cabe ao Estado o poder ou o direito de punir, contudo, não se pode fazê-lo sem as prerrogativas necessárias a toda sociedade. Historicamente este princípio foi importante para evitar e cessar os abusos estatais ou como afirmou Galvão (2013, p. 132), um importante instrumento para conter as tiranias e o despotismo. O mesmo autor afirma ainda:

No início do século XIX, Feuebach ressaltou que o fundamento da aplicação da pena só pode ser a lei. A partir de suas lições, consagrou-se a expressão *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. O princípio da reserva legal ou da legalidade significa a garantia individual de que é função exclusiva da lei a elaboração da norma incriminadora, ou seja, nenhum fato poderá ser considerado crime e nenhuma pena poderá ser aplicada sem que haja anterior previsão em lei. Nesse sentido, a Constituição Brasileira, no art. 5º, inc. XXXIX determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A fórmula garantista é reproduzida no art. 1º do Código Penal.

Lembrando que o princípio da legalidade é a pedra angular de todo o Direito Penal, Busato (2013, p. 28) ensina:

O princípio que constitui a pedra angular de todo o Direito Penal de origem latina é o princípio da legalidade. A organização fundamental do modelo de Estado composto a partir do modelo constitucional se dá através de um postulado básico: a submissão à regra da lei. Esse princípio condiciona a atuação do Estado durante todo o processo criminal impondo-lhe, antes de tudo, um limite formal que é a necessidade de pautar sua intervenção pelo mecanismo legislativo. Assim, tanto os delitos quanto as penas, os procedimentos de atribuição de responsabilidade e da forma de cumprimento dos castigos, devem resultar todos submetidos à lei. As exigências que derivam da *lex previa*, *lex scripta*, *lex stricta* e da *lex certa*, constituem um conjunto prévio de limites contrapostos à vocação arbitrária do Estado.

De fato, não só pela garantia e limitação do poder desproporcional e vertical que o Estado exerce sobre as pessoas, em especial ao imputado acusado de cometer algum delito, pelo menos se sabe que esta conduta da qual está sendo acusado e processado encontra um limite, pois, fora anteriormente definida como típica e ilícita, bem como a própria imposição de uma pena até então abstrata e no caso de condenação concreta.

Prado, Mendes e Mendes (2015) trazem também o princípio da legalidade, num primeiro momento ilustrando a limitação do poder punitivo estatal e conseqüentemente mostrando seu sentido garantista e vão além:

Atualmente, seu fundamento radica na proteção dos valores segurança jurídica, liberdade e igualdade, por meio da vinculação dos Poderes Públicos à lei precisa e concreta, o que garante que seja o legislador quem adote as decisões básicas na matéria, exclui a arbitrariedade no exercício do poder punitivo do Estado e assegura o tratamento igualitário na lei e na aplicação da lei.

Importa destacar ainda que o princípio da legalidade não traz só garantias em seu aspecto formal, mas também em sua dimensão material, infringindo limites ao legislador. De qualquer forma é fundamental sua existência, pois, assegura, limita, impõe e determina ao Estado o uso do seu poder punitivo, bem como garante a todos uma segurança jurídica necessária ao Estado democrático de Direito.

Também é necessário tratar, neste tópico e propositadamente de maneira sucinta, outro princípio de direito penal, denominado princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade já que de certa forma, pode-se afirmar certo liame entre ele e o princípio da legalidade. Com muita frequência vemos nos órgãos de comunicação em massa, seja rádio, televisão, jornal impresso ou digital e principalmente através de redes sociais a divulgação de práticas criminosas efetuadas através do fenômeno de criminalidade. Para que tenhamos o conhecimento de que essas condutas humanas são delituosas, vimos que foi necessária, uma lei determinando o tipo penal incriminador e a pena em abstrato para àquela prática (princípio da legalidade).

O problema surge quando se utiliza demasiadamente o direito penal e conseqüentemente o princípio da legalidade para tentar resolver as mazelas sociais e os conflitos existentes da própria convivência social. Na verdade pode-se afirmar que o correto seria a intervenção do direito penal para proteger bens jurídicos de extrema relevância, como a vida por exemplo. Dessa maneira, muitos outros conflitos poderiam se resolver através de outros ramos do direito ou até mesmo por meio de outras formas de solução de enfrentamentos.

Neste sentido, lecionam Prado, Mendes e Mendes (2015, p. 117):

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade decorrente das ideias de necessidade e de utilidade da intervenção penal, presentes no pensamento *ilustrado*, estabelece que o Direito Penal só deve atuar na

defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais. Nesses termos, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* –, ficando reduzida a um *mínimo* imprescindível. E., de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.

Para Busato (2013) ainda existe grande confusão, principalmente pelos tribunais, entre a terminologia intervenção mínima com a insignificância e bagatela. O autor afirma que se trata de situações bem distintas, tendo em vista que intervenção mínima está relacionada com a discussão axiológica da medida político-criminal de interferência penal, e completa:

A deturpação do sentido e orientação da questão, derivada das expressões *bagatela* ou *insignificância*, é óbvia. Passa a errônea impressão de que a discussão é sobre a incriminação ou não de bagatelas ou de aspectos insignificantes da vida social. Pior que isso, induz a conclusão de que o objeto material sobre o qual se debruça o intérprete é o determinante único da necessidade de intervenção penal, gerando, por vezes, quando associado a uma necessidade positivista atávica que ainda contamina, de modo especial, a práxis forense brasileira, em decisões que referem expressamente à necessidade de fixação objetiva, por exemplo, de valores de referência para crimes patrimoniais. *Contrario sensu*, a adoção do termo *intervenção mínima* dá a exata medida e os precisos contornos do princípio, posto que se trata de expressar que a intervenção penal é reservada, seletiva, mínima em face das circunstâncias e não vinculada a critérios objetivos, menos ainda a valores.

Por conseguinte o fato de não se utilizar, como deveria, o princípio da intervenção mínima do direito penal, traz consequências nefastas, pois, certamente cria-se um Estado excessivamente punitivo, gerando mais segregação em estabelecimentos penais que não respeitam, sequer, o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, não se consegue recuperar o delinquente e ainda traz um direito penal fragmentado, uma vez que a cada situação que “choca” a sociedade se cria uma lei penal incriminadora, com a falácia de se fazer “justiça”, mas no fim só serve para efetivar a punição e também determinar o controle estatal.

1.2.2.2 Princípio da Culpabilidade

Pode-se afirmar que este princípio é considerado uma garantia limitadora do direito penal, na medida em que *nulla poena sine culpa*, ou seja, não se pune criminalmente qualquer pessoa que não age, pelo menos com culpa.

Neste diapasão asseveram Prado, Mendes e Mendes (2015, p. 113):

É uma lídima expressão de justiça material peculiar do Estado democrático de Direito delimitadora de toda a responsabilidade penal. Noutras palavras: o princípio da culpabilidade significa que a “pena criminal só deve fundar-se na constatação da possibilidade de reprovação do fato ao seu autor”. Assim, só pode ser punido aquele que atua culpavelmente e a pena não pode ir além da medida da culpabilidade.

Bitencourt (2014) afirma que no direito primitivo, a responsabilidade penal era objetiva e, portanto, só dependia do resultado para que houvesse a punição, estando praticamente extinta esta forma, graças ao princípio *nullum crimen sine culpa*.

Para Zaffaroni (2013) a culpa não faz parte da culpabilidade, mas representa um suporte típico separado, de modo que na tipicidade é necessário que a conduta, para ser típica, seja ao menos culposa. Contudo, na culpabilidade é imprescindível que o injusto seja reprovável ao seu autor.

Merece destaque a lição de Cirino dos Santos (2012, p. 13) que traz a importância do princípio da culpabilidade dando ênfase ao fato do mesmo não permitir a punição de certas categorias de pessoas:

O *princípio da culpabilidade*, expresso na fórmula *nulla poena sine culpa*, é o segundo mais importante instrumento de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, porque *proíbe punir* pessoas sem os requisitos do *juízo de reprovação*, a saber: a) pessoas *incapazes de saber (ou de controlar) o que fazem* (imputáveis); b) pessoas imputáveis que, realmente, *não sabem o que fazem*, porque estão em *erro de proibição inevitável*; c) pessoas imputáveis, com conhecimento da proibição do fato, mas *sem o poder de não fazer o que fazem*, porque realizam o **tipo de injusto** em condições de anormalidade definíveis como situações de exculpação.

Convém notar, graças ao princípio da culpabilidade, analisado sob o aspecto de garantia, que se exclui a responsabilidade criminal objetiva pelo resultado e determina a responsabilidade subjetiva através do cometimento do crime pelo dolo ou pela culpa, além de outras exigências, como o critério da proporcionalidade entre a conduta delituosa

praticada e a pena a ser imposta de maneira individual de acordo com o princípio da individualização da pena tratado a seguir.

1.2.2.3 Princípio da individualização da pena

A partir do momento que se pratica uma conduta típica definida como crime, deve ser aplicada a pena correspondente e proporcional ao ilícito realizado. Quando o Estado-Juiz aplica a sanção correspondente exatamente ao crime cometido, diz-se que ocorreu a individualização da pena.

Neste sentido, Busato (2013, p. 870) afirma:

Uma vez que tenha sido um agente condenado por um crime, é dever do juiz e direito do condenado que haja um procedimento de individualização da pena que lhe for fixada. Assim, havendo vários delitos, deverá o juiz individualizar a pena de cada crime, oferecendo ao seu autor a pena correspondente exatamente ao crime praticado. Havendo vários réus praticantes do mesmo delito, deverá o juiz individualizar a pena de cada um dos réus pelo delito por ele praticado.

Para Bitencourt (2014, p. 770) historicamente, principalmente na Idade Média ao praticar um crime não havia limite para se determinar uma sanção penal, onde se utilizava um sistema retribucionista. Contudo, em se tratando de segurança jurídica se tornam necessários a definição exata do crime e a determinação da pena e lembra:

A primeira reação do Direito Penal moderno ao *arbítrio judicial* dos tempos medievais foi a adoção da *pena fixa*, representando o “mal injusto” na exata medida do “mal injusto” praticado pelo delincente. Na verdade, um dos maiores males do Direito Penal anterior ao iluminismo foi o excessivo poder dos juízes, exercido arbitrariamente, em detrimento da Justiça e a serviço da tirania medieval. A iniquidade que resultava do exercício arbitrário do poder de julgar constitui um dos maiores fundamentos do movimento liderado por Cesare de Beccaria visando à reforma do *Direito punitivo*. E a reação mais eficaz contra aqueles extremos seria naturalmente a limitação do *arbítrio judicial*, com a definição precisa do crime e um sistema rígido de penas fixas. Na concepção de Beccaria, seguindo a de Montesquieu, ao juiz não deveria sequer ser admitido interpretar a lei, mas apenas aplica-la em seus estritos termos.

Com isso, um sistema arbitrário de fixação da pena dará lugar a um sistema fechado, através do Código Penal francês de 1791, que, segundo Bitencourt (2014) o juiz se limitará a aplicar mecanicamente o conteúdo existente no texto legal do referido código.

No entanto, esse sistema também não foi conveniente, pois, retirava do juiz a possibilidade de adequação no caso em concreto.

Portanto, num primeiro momento tinha-se um sistema totalmente aberto ao arbítrio do magistrado e depois um sistema completamente fechado ao arbítrio da lei. Este fato só mudará com a vigência do Código Penal francês de 1810, conforme afirmou Bitencourt (2014, p. 771):

Essa constatação determinou a evolução para uma indeterminação relativa: nem determinação absoluta, nem absoluta indeterminação. Finalmente, abriu-se um grande crédito à livre dosagem da pena, pelo juiz, estabelecendo o Código Penal francês de 1810 limites mínimo e máximo, entre os quais pode variar a mensuração da pena. Essa concepção foi o ponto de partida para as legislações modernas, fixando os limites dentre os quais o juiz deve – pelo princípio do livre convencimento – estabelecer fundamentadamente a pena aplicável ao caso concreto.

Merece destaque a lição de Prado, Mendes e Mendes (2015, p. 119) sobre o princípio da individualização da pena:

O princípio da individualização da pena obriga o julgador a fixar a pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” (art. 5.º, XLVI, CF). De acordo com o último, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta. Em termos gerais, a individualização da pena obedece a três fases distintas: legislativa, judicial e executória.

Quanto às três fases referidas pelos autores, apenas, importa destacar que será necessário percorrê-las sempre ao se fixar uma pena, sendo que na fase legislativa existe a sanção penal abstrata a ser determinada de acordo com o bem jurídico lesionado e a sua devida proporção. Na segunda fixará a pena de acordo com as especificidades do caso em concreto e na terceira indicará a forma que deverá ocorrer o cumprimento da pena.

1.2.2.4 Princípio da insignificância

Com muita frequência há discussões acadêmicas acerca deste princípio que está coadunado com o direito penal, uma vez que se pode indagar: qual a conduta humana merece ser objeto de punição?

O problema começa com a política de se criminalizar excessivamente as condutas, pois, se espera que o direito penal seja a solução para diminuição da violência urbana e, por conseguinte da criminalidade não se respeitando o também princípio da intervenção mínima, já tratado.

Roxin afirma que (2013, p. 11):

A questão sobre qual a qualidade que deve ter um comportamento para que seja objeto da punição estatal será sempre um problema central não somente para o legislador, mas, também, para a Ciência do Direito Penal. Há muitos argumentos a favor para que o legislador moderno, mesmo que esteja legitimado democraticamente, não penalize algo simplesmente porque não gosta.

Com efeito, o princípio da insignificância vem com o objetivo de analisar, se houve realmente uma lesão significativa ao bem jurídico protegido pelo direito penal e se em razão desta lesão o agente que cometeu o crime é merecedor da sanção penal. Caso seja aplicado o referido princípio se descartará a tipicidade da conduta, não havendo punição.

Prado, Mendes e Mendes (2015, p. 127) explicam:

De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma *mínima nom curat praeter*, enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a *tipicidade* da conduta em caso de danos de pouca importância ou quando afete infimamente a um bem jurídico-penal.

No mesmo sentido Luiz Flávio Gomes (2006) também entende que nos casos de ataques irrisórios aos bens jurídicos deve incidir o princípio da insignificância como há algum tempo os Tribunais vem aplicando.

Desse modo, a aplicação do princípio da insignificância pode ser considerada uma medida de política criminal que corrobora com a diminuição da punição e consequentemente com o encarceramento em massa, que como se sabe, traz uma série de consequências à sociedade.

1.2.3 Princípios processuais penais

1.2.3.1 Princípio da igualdade ou isonomia processual

O processo tem a função de garantir, através de regras pré-determinadas a análise de um conflito de interesses, sendo que a composição desse litígio é formada pelas chamadas partes processuais. Em se tratando do direito processual penal, a parte autora é aquela quem acusa e a parte ré é aquela quem é acusada do cometimento de um crime.

Quando a ação penal possui natureza pública condicionada ou incondicionada a parte acusadora é o Ministério Público que representa o Estado na lide penal. Caso a natureza da ação seja privada, a parte autora será a própria vítima do delito ou aqueles em que a lei atribui o direito de representação.

Por conseguinte, a parte ré só se transforma realmente em acusada quando é citada no processo criminal, se completando o denominado *actum trium personarum*. A citação é um ato processual muito importante, pois, é através dele que o réu toma ciência de que contra si existe um processo criminal e, portanto, conhecendo as imputações que pesam contra si, poderá exercer o seu direito constitucional de ampla defesa e contraditório.

O princípio da isonomia processual ou igualdade versa justamente no tratamento que deve ser dispensado às partes litigantes, pois, por este princípio elas devem ter o mesmo trato, não podendo sofrer desigualdades.

Norberto Avena leciona (2015, p. 35)

As partes, em juízo, devem contar com as mesmas oportunidades e ser tratadas de forma igualitária. Tal princípio constitui-se desdobramento da garantia constitucional assegurada no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao dispor que todas as pessoas serão iguais perante a lei em direitos e obrigações.

No mesmo sentido Renato Marcão (2014, p. 67) ensina:

A igualdade constitucional disposta no art. 5º, *caput*, da CF, irradia sobre o processo, de modo a determinar a *igualdade processual* ou *igualdade das partes*. Isso quer dizer que as partes envolvidas – autor e réu – são detentoras de iguais direitos, e, sendo assim, deve haver *isonomia* entre uma e outra, ou seja, aquilo que for permitido a uma parte deve ser permitido a outra em iguais condições. Trata-se do *princípio da igualdade processual, igualdade das partes* ou *paridade de armas* (*non debet licere actori, quod reo nom permittitur*), de que bem trataram Carnelutti e Beling, dentre outros.

Há quem ache desigual o fato do promotor de justiça sentar-se ao lado do magistrado, enquanto a defesa não está na mesma condição, situação comum em tribunais do júri popular, circunstância que pode transmitir a falsa impressão de que o *parquet* está correto em seus argumentos já que está ao lado do juiz.

Portanto, a igualdade nada mais é do que tratar as partes no processo penal com isonomia, permitindo o mesmo direito, como por exemplo, a manifestação de uma delas caso haja a juntada de um documento novo no processo ou a possibilidade de formular quesitos em se tratando de uma perícia.

1.2.3.2 Princípio da duração razoável do processo

Falar na duração razoável do processo ou razoabilidade pode ter vários significados tamanho é a sua importância em se tratando de direito, sociedade e principalmente à pessoa que está sendo processada.

Com efeito, ao analisar do ponto de vista da sociedade, esta sempre espera o que chama de “justiça”, principalmente porque na maioria das vezes é leiga e diretamente influenciada pela mídia punitivista e sensacionalista. Assim, quando alguém comete um crime ela automaticamente quer primeiramente a prisão do acusado, mesmo que não se tenha certeza quanto à autoria delitiva e posteriormente sua condenação. Esta deve ser rápida, ou seja, a resposta do Estado deve ser imediata.

Por outro lado, do ponto de vista da pessoa que está sendo acusada, principalmente se estiver presa, também deseja um desfecho para sua acusação, pois, se for absolvida consegue sua liberdade, se for condenada dependendo da pena aplicada pelo magistrado saberá quanto tempo terá que cumprir para ter assegurados alguns direitos como, por exemplo, a progressão de regime. A par disso, é óbvio que a duração razoável do processo está diretamente ligada ao fator temporal e neste sentido, importa destacar a lição apresentada por Lopes Jr. (2014, p. 178):

Num proposital salto histórico, recordemos que para NEWTON o universo era previsível, um autômato, representado pela figura do relógio. Era a ideia do tempo absoluto e universal, independente do objeto e de seu observador, eis que Deus era o grande relojoeiro do universo. Tratava-se de uma visão determinista com a noção de um tempo *linear*,

pois, para conhecermos o futuro, bastava dominar o presente. Com EINSTEIN e a Teoria da Relatividade, opera-se uma ruptura completa dessa racionalidade, com o tempo sendo visto como algo relativo, variável conforme a posição e o deslocamento do observador, pois, ao lado do tempo objetivo está o tempo subjetivo. Sepultou-se de vez qualquer resquício dos juízos de certeza ou verdades absolutas, pois, tudo é relativo: a mesma paisagem podia ser uma coisa para o pedestre, outra coisa totalmente diversa para o motorista, e ainda outra coisa diferente para o aviador. A percepção do tempo é completamente distinta para cada um de nós. A verdade absoluta somente poderia ser determinada pela soma de todas as observações relativas.

De fato, com o avanço da ciência se constatou que se o tempo é relativo, ou seja, sua percepção não é absoluta. Com isso, cada pessoa percebe o tempo de maneira distinta ou como bem asseverou Lopes Jr. (2014), citando novamente o físico alemão Albert Einstein, o tempo não é só relativo em decorrência de velocidade ou posição do observador, mas também em razão do próprio estado mental das pessoas.

Por isso, se tem a sensação de que o tempo “passa mais rápido” quando se faz coisas prazerosas e “passa mais devagar” quando se faz coisas desagradáveis, tediosas ou até mesmo dolorosas. Estas explicações sobre a percepção do tempo são estritamente necessárias a este trabalho de pesquisa científico, pois, visa investigar se pode ocorrer, através de uma segregação cautelar, ou seja, antes da prolação de uma sentença condenatória transitada em julgado, uma pena antecipada. Logo o fator temporal está intimamente ligado ao processo penal, principalmente nos casos de prisão provisória, conforme ensina Lopes Jr. (2014):

A visibilidade da pena processual é plena quando estamos diante de uma prisão cautelar, em que a segregação é prévia ao trânsito em julgado da sentença. Nesse caso, dúvida alguma paira em torno da gravidade dessa violência, que somente se justifica nos estritos limites de sua verdadeira cautelaridade, como se verá em tópico específico, quando analisarmos as prisões cautelares.

Ademais, o direito a duração razoável do processo foi assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXXVIII, que dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Vale lembrar que este direito foi incluído pela Emenda Constitucional nº 45 no ano de 2004.

Dessa maneira, se verifica que o direito a ter o processo julgado dentro de um prazo razoável é um direito constitucional inserido numa cláusula pétrea e é dever do

Estado garanti-lo, principalmente no âmbito processual penal que está diretamente vinculado com os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da liberdade. Por conseguinte, além desse direito está reconhecido pela Magna Carta, também está previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conforme assevera Castilhos (2013, p. 69):

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – CADH – também denominada Pacto de San Jose da Costa Rica, é bem clara ao elencar, no seu art. 8.º, as garantias judiciais, entre as quais se encontra a de que toda pessoa acusada deve ser ouvida, dentro de um prazo razoável, por um juiz competente. Isso quer dizer que, num “Estado Constitucional e Internacional de Direito”, o direito tem o significado de ser o único caminho a garantir e a impedir as ingerências do Estado contra os direitos fundamentais. Querendo-se ter um Estado desenvolvido, é imprescindível fazê-lo respeitar a Constituição e os Direitos internacionais em matéria de proteção aos direitos humanos, com todos os seus princípios e regras, a fim de que lhe seja possibilitada a “indissociável realização da justiça”. É o que parte da doutrina chama de “respeito às regras do jogo”.

Por conseguinte, como somos signatários do Pacto de San Jose da Costa Rica, o Estado tem o dever de respeitar os direitos ali elencados, inclusive o de ter o processo julgado dentro de um prazo razoável, principalmente quando envolver o direito processual penal em conjunto com a prisão cautelar, já que esta é medida excepcional no ordenamento pátrio.

1.2.3.3 Princípio da verdade real

De acordo com este princípio se busca através de uma reconstrução fática, na fase inquisitiva e posteriormente na judicial a verdade sobre o fato ocorrido. Esta verdade substancial deve limitar-se aos preceitos e garantias formais estabelecidas em lei. Neste caso, fala-se em verdade formal.

Luigi Ferrajoli (2014, p. 48) afirma:

A oposição até agora exposta entre garantismo e autoritarismo no direito penal corresponde, pois, a uma alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: entre cognitivismo e decisionismo, entre comprovação e valoração, entre prova e inquisição, entre razão e vontade, entre verdade e potestade. Se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade.

Convém notar que o magistrado deverá ao final de um processo criminal decidir com base nesta “verdade” sobre o fato criminoso imputado ao réu, bem como a verdadeira forma em que o mesmo ocorreu. Para isso, utilizará as denominadas provas, que corroboram com a certeza necessária para uma condenação.

Neste diapasão Norberto Avena (2015, p. 18) leciona:

O princípio da verdade real, também conhecido como princípio da verdade material ou da verdade substancial (terminologia empregada no art. 566 do CPP), significa que, no processo penal, devem ser realizadas as diligências necessárias e adotadas todas as providências cabíveis para tentar descobrir como os fatos realmente se passaram, de forma que o *jus puniendi* seja exercido com efetividade em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal. Não se ignora, diante das regras legais e constitucionais que informam o processo penal brasileiro, que a *verdade absoluta* sobre o fato e suas circunstâncias dificilmente será alcançada. Muitos referem, inclusive, ser ela *inatingível*.

Importa destacar que existem fortes críticas a este princípio, pois, quando se busca incessantemente essa verdade, corre-se o risco de se criar o que se chamou de processo penal do inimigo, principalmente quando o gestor da prova, ou seja, o magistrado sai em busca dessa verdade, conforme sustenta Khaled Jr. (2013, p. 590) quando afirma que na busca da verdade ocorrem vários abusos, principalmente pelo fato da forte aptidão do juiz nessa busca e destaca:

Como observamos, não são poucos os autores que constataram essa tensão e a resolveram através da matização do conceito de verdade correspondente, que passou a assumir a qualidade de relativa ou aproximativa. No entanto, o redimensionamento da verdade correspondente preservou o ideal de busca da verdade e, com ele, a hegemonia da perversa epistemologia de perseguição ao inimigo com a qual queremos romper.

Lopes Jr. (2015, p. 381) lembra a ligação da verdade real com o sistema inquisitório:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor).

Importa destacar que o autor não nega a verdade no processo penal, mas não acha que ela deva ser alçada ao objetivo principal do processo, pois, se assim o fosse à sentença

do magistrado nada seria do que a narração da verdade fática ocorrida. Com isso, para o autor ela não deve ser estruturante, mas sim, contingencial.

Quando se observa o princípio da verdade real em relação à prisão cautelar, a situação se torna mais grave, pois, como é uma prisão que antecede uma sentença, muitas vezes feita na fase inquisitorial de investigação preliminar, se retira a liberdade do acusado com base numa “verdade” construída e não verificável.

Pode-se exemplificar com o fato de um reconhecimento em que a vítima acha que o sujeito é o autor do roubo e o reconhece na delegacia de polícia. Neste momento a verdade está pré-determinada e mesmo que essa vítima com base em falsas memórias se equivoque, o sujeito é o autor do crime e permanecerá preso podendo, inclusive, vir a ser condenado. Portanto, é necessária uma reflexão sobre a importância que se dá a este princípio no processo penal.

1.2.3.4 Princípio da imparcialidade

O magistrado no processo penal ocupa uma importante e imprescindível atribuição. É o responsável pelo processo e é quem proferirá a sentença através do seu pronunciamento final. Com efeito, ser imparcial é uma tarefa essencial no processo penal garantista e constitucional. Significa não estar vinculado às partes processuais, não atuando em nome próprio como lembra Marcão (2014), nem sustentar qualquer litígio com os sujeitos processuais, constituindo tal princípio verdadeiro pressuposto de validade dentro do processo criminal.

Assim, é necessário frisar a função real do sujeito juiz dentro do processo e qual deve ser a sua relação com as partes, bem como sua postura quanto à produção das provas durante a fase de instrução.

Importante destaque traz Lopes Jr. (2015, p. 255) sobre esse princípio:

Desde logo, reforçamos que imparcialidade não tem absolutamente nada a ver com neutralidade, pois, juiz neutro não existe. Pelo fato de o juiz ser-no-mun-do, bem como já ter sido superada a noção cartesiana (que separava razão de emoção, dicotomizando sujeito e objeto), não se questiona mais que o ato de julgar reflete um sentimento, uma eleição de significados válidos na norma e nas teses apresentadas. Basta recordar que sentenciar vem de *sententiando*, gerúndio do verbo *sentire*. Logo, existe um conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar e que impedem qualquer construção que envolva a tal “neutralidade”. A imparcialidade é uma construção do Direito, que impõe a ele um afastamento estrutural, um alheamento (*terzietà*) em relação a atividade

das partes (acusador e réu). Como meta a ser atingida, o processo deve criar mecanismos capazes de garanti-la, evitando, principalmente, atribuir poderes instrutórios ao juiz.

Em contraposição quanto à neutralidade do juiz, Norberto Avena (2015, p. 35) aduz:

Significa que o magistrado, situando-se no vértice da relação processual triangulada entre ele, a acusação e a defesa, deve possuir capacidade objetiva e subjetiva para solucionar a demanda, vale dizer, julgar de forma absolutamente neutra, vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado da análise das provas do processo.

Pode-se mencionar ainda a discussão sobre a possibilidade da busca da prova pelo magistrado. Há quem defenda ser aceitável uma vez que o Código de Processo Penal a prevê como nas hipóteses do artigo 156, por exemplo. Para outros, este fato faz com que o magistrado perca o caráter imparcial e deixa de ser o gestor da prova, passando a ser o juiz-instrutor, conforme assevera Lopes Jr. (2015) não sendo adequado ao processo penal constitucional.

1.2.3.5 Princípio da fundamentação das decisões judiciais

Imprescindível ao processo penal garantista e em conformidade com o texto constitucional, devem as decisões judiciais ser devidamente fundamentadas e motivadas sob pena de nulidade, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988, em seu art. 93, IX. *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”*;

Importa salientar que em se tratando de decisões na esfera processual penal poderão incidir diretamente em direitos fundamentais do ser humano, como a liberdade. Assim, imaginemos a seguinte situação: O magistrado prolata uma decisão que decreta a prisão preventiva do acusado.

Como é medida de exceção e a liberdade é um direito fundamental, ele deve alicerçar seu pronunciamento com base nos fundamentos cautelares que a medida exige quais são: *fumus commissi delicti* (fumaça do cometimento do delito) e o *periculum libertatis*

(perigo da liberdade do acusado). Ainda, deverá consubstanciar nos requisitos e pressupostos da prisão preventiva, elencados no art. 312 do CPP.

Caso a decisão não esteja devidamente motivada nesses fundamentos, requisitos, pressupostos e as particularidades do caso em concreto, poderá ser anulada já que fere gravemente o disposto constitucional já citado. Ademais, é uma garantia às partes litigantes.

CAPÍTULO 2 – O PODER PUNITIVO E OS FUNDAMENTOS DA PENA

Importa destacar que neste capítulo se fará uma reflexão acerca do poder punitivo que o Estado exerce sobre a sociedade, bem como a forma escolhida para esse exercício, ou seja, a retirada do direito de locomoção tendo em vista a quebra de uma regra, ou melhor, a transgressão de uma norma de conduta inserida num texto de lei.

Com efeito, isso se dá através das chamadas prisões cautelares, estas como medidas excepcionais de segregação e também com as prisões para o cumprimento de uma pena. Os ramos de direito utilizados pelo Estado são o Direito Penal material, objetivo que determina as condutas humanas consideradas típicas, ilícitas e culpáveis, bem como o Direito Processual Penal que materializa o Direito penal através da normatização dos procedimentos, com as devidas garantias constitucionais.

Vale lembrar que tanto a prisão cautelar como a prisão pena retiram do ser humano dois bens de relevância inestimável: primeiro a liberdade, o direito de se locomover, de ir e vir, ou seja, a liberdade física de se locomover livremente; o segundo tão importante quanto o primeiro é o tempo. Este sempre avança em uma linha contígua e não retroage, não volta. Foi através do físico alemão Albert Einstein e sua teoria da relatividade, que comprovou a ruptura newtoniana que o tempo era absoluto, e se verificou que o mesmo era relativo. Com isso, ele variava de acordo com a posição ou o deslocamento do observador. Logo o tempo é percebido de maneira relativa, ou seja, o tempo de quem se encontra preso é percebido de forma diversa de quem não está.

Por conseguinte, a prisão também é exercida pelo Estado, detentor do poder punitivo, como forma de controle e domínio sobre a sociedade. Assim, para se entender melhor estes aspectos é necessário abordar nos próximos tópicos, as considerações sobre a

pena, seu referencial histórico, o poder de punirestatal, os fins da pena e por fim a pena privativa de liberdade, não se abordando as penas restritivas de direito, nem a pena de multa em razão do próprio objeto pesquisado.

2.1 Referencial histórico da pena

Quando se tem conhecimento dos fatos pretéritos, parece ser mais fácil compreender os acontecimentos presentes e até mesmo determinar algo no futuro. Talvez esta seja a principal importância de se conhecer o passado. Por isso, se torna imprescindível em um trabalho de pesquisa científico e acadêmico, trazer a história para poder melhor entender o antes e o atual, o passado e o presente. Bitencourt (2014, p. 72) também entende necessário tratar dos fatos históricos:

A importância do conhecimento histórico de qualquer ramo do Direito facilita inclusive a exegese, que necessita ser contextualizada, uma vez que a conotação que o Direito Penal assume, em determinado momento, somente será bem entendida quando tiver como referência seus antecedentes históricos.

Com a pena não é diferente, pois, conhecendo a sua história, certamente será mais fácil entender o seu contexto atual para se chegar às discussões que esta pesquisa propõe. Contudo, tratar do referencial histórico da pena é uma missão árdua pelo tempo de sua existência. Neste sentido afirma Bitencourt (2014, p. 577):

A origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade. Por isso mesmo, é muito difícil situá-la em suas origens. Quem quer que se proponha a aprofundar-se na História da pena corre o risco de equivocar-se a cada passo.

Por outro lado, se torna imprescindível tecermos algumas considerações importantes sobre sua referência histórica, dada a sua importância para esta pesquisa, porém, sem a pretensão de se aprofundar no assunto, mas apenas abordar alguns tópicos necessários à elucidação de algumas discussões que serão tratadas no trabalho.

Com estas considerações iniciais importa destacar que a evolução histórica da pena se confunde com a história do próprio direito penal, bem como a do homem, tendo em vista que ela seria a sanção aplicada, ou seja, a consequência da realização da infração

ou do ato praticado contrário, dentro de cada contexto social e histórico. Bitencourt (2014) destaca as fases da evolução como vingança penal, contudo, salienta que não há como caracterizar de maneira progressiva e sistemática, períodos e épocas exatas desses estágios. Mas traz a aceita tríplice divisão, denominada de vingança privada, vingança divina e vingança pública.

No mesmo sentido Noronha (2004, p. 21) leciona:

A pena, em sua origem, nada mais foi que vindicta pois é mais que compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com sua justiça.

Beccaria (2014) traz em sua obra a necessidade dos homens sacrificarem uma porção da sua liberdade para ter mais segurança, já que estavam cansados do constante estado de guerra. Daí surge a nação com a proclamação do soberano e para protegê-lo dos próprios homens são criadas as leis com o fundamento da punição. Já Carnelutti (2008) destaca a relação causal entre delito e pena, onde a segunda seria uma resposta, ou uma retorção à primeira, um mal para pagar outro mal, enfatizando a questão cronológica em que um dos males precede o outro: “Na verdade, a relação entre delito e pena é tal que o delito é um *prius* e a pena é um *posterius*”. Ele ainda assevera que este fenômeno faz parte de uma lei natural e que as leis que regulam os delitos, ou seja, as leis jurídicas que possuem as penas como consequências imitam a própria lei natural.

Já Zaffaroni (2014, p. 168) chama a atenção para o fato de não se poder tecer uma continuidade histórica no direito penal, mas sim, o reconhecimento da sua luta principal, que é a concepção do homem como pessoa e afirma:

Todas as sistematizações simplificadoras das etapas da legislação penal no mundo se vinculam a teorias da história que, apesar de sua multiplicidade, podem ser divididas em “cíclicas” e “progressivas”, sendo as primeiras mais próprias da antiguidade e as últimas do século XVIII. Nas exposições da evolução legislativa penal tem prevalecido a adoção da teoria “progressiva”. Assim, uma das distinções mais comuns que têm sido formuladas trata da vingança privada como período primitivo, a vingança pública quando o Estado toma a seu cargo a pena, a humanização da pena a partir do século XVIII, e o período atual, em que cada autor dá como triunfantes suas próprias ideias.

O mesmo autor (2014) ainda destaca que tanto a vingança privada, pública ou as ideias humanitárias acabam coexistindo em todos os períodos, ou seja, em todas as épocas.

De fato, mesmo no presente vê-se claramente uma sociedade influenciada pela cultura punitivista midiática que prega um direito penal do inimigo e algumas correntes doutrinárias mais ligadas aos direitos humanos. Portanto, independentemente da época, estas ideias persistem.

Aragoneses Alonso, citado por Lopes Jr. (2014, p. 37), enfatiza o seguinte:

Pode-se resumir a evolução da pena da seguinte forma: inicialmente a reação era eminentemente coletiva e orientada contra o membro que havia transgredido a convivência social. A reação social é, na sua origem, basicamente religiosa, e só de modo paulatino se transforma em civil. O principal é que nessa época existia uma vingança coletiva, que não pode ser considerada como pena, pois, vingança e pena são dois fenômenos distintos. A vingança implica liberdade, força e disposições individuais; a pena, a existência de um poder organizado.

Optamos neste trabalho pela classificação citada por Magalhães Noronha (2004, p. 21) e Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 72), onde tratam a origem da pena como vingança, sendo privada, divina e pública. Na vingança privada, imperava o sentimento puro da retaliação, ou seja, uma reação à conduta praticada, ocorrendo primeiro entre indivíduos, depois entre os grupos e mais tarde do corpo social, mas sem a interferência de terceiros. Dai a expressão vingança privada. Nesse sentido Noronha (2004, p. 21) esclarece:

Entretanto, o revide não guardava proporção com a ofensa, sucedendo-se, por isso, lutas acirradas entre grupos e famílias, que, assim, se iam debilitando, enfraquecendo e extinguindo. Surge, então, como primeira conquista no terreno repressivo, o *talião*. Por ele, delimita-se o castigo; a vingança não será mais arbitrária e desproporcionada.

Ressalta-se que a lei de talião tratou do critério da proporcionalidade entre o mal praticado e a pena a ser aplicada, ou seja, olho por olho, dente por dente. Bitencourt (2014, p. 73) afirma que esta lei foi o maior exemplo de tratamento igualitário na relação entre infrator e vítima, denominando como primeira tentativa de humanizar a pena. O mesmo autor aduz que essa lei foi utilizada no Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas (romanos).

Já Mirabete (2001, p. 15) aduz que o surgimento de talião foi para evitar o perecimento das tribos e limitou a reação da ofensa ao mal praticado (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente), sendo um avanço na história do Direito Penal por reduzir o alcance da ação punitiva. Na vingança divina, há um desconhecimento das leis da natureza

e dos fenômenos naturais, de modo que as pessoas creditavam estes fenômenos às figuras divinas, denominadas “Totens”, já que era mais fácil explicar o desconhecido cultuando as divindades. Neste período caso o infrator praticasse um ato contrário às regras impostas, a punição tinha o condão de reparação à divindade, podendo o infrator “pagar” com a própria vida.

Bitencourt (2014, p. 73) ensina que nesta fase, denominada de vingança divina, inexistia senso de justiça ou até mesmo critério de proporcionalidade entre a conduta praticada e a pena a ser imposta. Com isso, a satisfação pela aplicação da pena era a satisfação da divindade já que era esta quem se ofendia com a prática delituosa. Noronha (2004) enfatiza que a punição é rigorosa e cruel, pois, o castigo guarda relação com a grandeza da divindade.

No mesmo sentido corrobora Sanches (2013, p. 41):

Nas sociedades primitivas, a percepção do mundo pelos homens era muito mitigada, carregada de misticismos e crenças em seres sobrenaturais. Não se tinha conhecimento de que ventos, chuvas trovões, raios, secas etc. decorriam de leis da natureza, levando pessoas a acreditarem que esses fenômenos eram provocados por divindades que os premiavam ou castigavam pelos seus comportamentos. Essas divindades com poderes infinitos e capazes de influenciar diretamente na vida das pessoas eram os Totens, sendo essas sociedades chamadas Totêmicas. Quando membro do grupo social descumpria regras, ofendendo os “totens”, era punido pelo próprio grupo, que temia ser retaliado pela divindade. Pautando-se na satisfação divina, a pena era cruel, desumana e degradante.

Com isso, se verificam dois tipos de vingança, a vingança privada que se caracteriza pela reação ao ato praticado e que ganha uma nova conotação de proporcionalidade com talião e a vingança divina, onde se cultuava os “deuses” ou “totens”, já que inexistia o conhecimento acerca de fenômenos naturais, sendo que se caracterizava a punição como uma forma de desagrar a divindade ofendida, sendo os castigos mais desproporcionais e penas mais rigorosas.

A vingança pública ocorre com uma melhor organização da sociedade, onde o Estado passa a ser o detentor do chamado *jus puniendi* e afasta a vingança privada. Com isso, o poder de tutela, ordem e segurança passa a ser estatal, conforme se verificará de maneira mais detalhada no tópico seguinte.

2.2 O poder punitivo Estatal

Importa frisar que para adentrar no chamado *jus puniendi* ou poder de punir estatal é necessário continuar tratando da evolução da pena, abordando a chamada vingança pública. Convém anotar que para a existência da vingança pública, tanto a vingança divina como a privada perderam seu lugar, pois, agora é o Estado quem toma para si a vitimização e conseqüentemente, impõe toda a sua autoridade. Lopes Jr. (2014, p. 38), assevera que a pena pública é marcada pela limitação do poder do Estado, pois, o crime é a transgressão da ordem jurídica e a pena é a reação estatal, onde irá suprimir a vingança privada e implantar os critérios de Justiça.

Bitencourt (2014, p. 40) relata que o direito penal subjetivo emerge do próprio direito penal objetivo, cujo castigo ou o direito a punição é exclusivamente do Estado que é o titular do *jus puniendi* para poder manifestar o seu poder de império, sendo ainda limitado pelo direito penal objetivo, através das normas incriminadoras produzidas pelo próprio Estado.

Já Noronha (2004, p. 7) leciona:

Compete ao Estado o direito de punir, porém, não é este ilimitado ou arbitrário. A limitação está na lei. Ao mesmo tempo em que ela diz ao indivíduo quais as ações que pode ou não praticar, sob ameaça de sanção restringindo dessarte, os interesses ou faculdades individuais, em benefício da coletividade, vincula-se juridicamente a si mesmo. Com efeito, há autolimitação por ele ditada, através da lei, pois, quando baixa uma norma, impondo determinada conduta, concomitantemente está ditando seu comportamento em relação a ela e criando direitos individuais contra ele mesmo.

Em sentido contrário, quanto ao *jus puniendi* estatal, Busato (2013, p. 19) ressalta e reconhece a inexistência do mesmo. Para o autor o Estado não é portador de direitos, pois, não é indivíduo, logo não pode exigir para si alguma atitude do outro. Com isso, o que o Estado acaba exigindo está relacionado ao interesse dos indivíduos, portanto, ele não é detentor de direitos, mas sim um mero gestor dos direitos de terceiros e conclui:

Portanto, não existe um *direito* de punir, posto que não é o *Estado* quem exige nada para si. São os demais indivíduos que *exigem* como *direito seu* que o Estado empregue o mecanismo de controle social do Direito Penal. Assim, para o Estado remanesce somente um *dever* de punir e jamais um *direito*.

O fato é que sendo um direito de punir, ou um dever de punir, o Estado acaba tendo o poderio punitivo. A par disso, importa salientar que a transição da vingança privada para pública foi importante para o Estado no sentido de possuir a legitimidade necessária, pois, a partir do momento que ele se torna também vítima das infrações penais cometidas, ele pode impor a sua sanção, o que notadamente, pode ser considerada como uma relação de controle e poder. Neste sentido vale a lição de Santos (2008, p. 34.): “Sem dúvida, a política de controle social instituída pelo Direito Penal e implementada pelo sistema de justiça criminal inclui o conjunto do ordenamento jurídico e político do Estado”.

Por conseguinte, com a evolução da pena e do próprio direito penal, passando pelas fases da vingança divina e privada, até chegar à vingança pública, se denota, por parte do Estado, a utilização do direito penal e da justiça criminal como forma de exercício do poder, ou seja, de efetuar o seu controle. Batista (2007, p. 19) lembra que o direito penal veio ao mundo, se referindo a ter sido produzido através da lei, para o cumprimento de determinadas funções dentro da sociedade que se organizou. Foucault (2004, p. 195), se referindo a prisão como sendo utilizada pelo Estado para o exercício do poder punitivo relata:

Mas também um momento importante na história desses mecanismos disciplinares que o novo poder de classe estava desenvolvendo: o momento em que aqueles colonizam a instituição judiciária. Na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado; mas ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder.

Roxin (2013, p.33) sobre o controle através da pena aduz:

Um sistema social, segundo meu entendimento, não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo, mas atendendo aos homens que vivem na sociedade do momento. Mesmo que isso fosse de outra forma, este sistema social não se manteria através de atribuições sem sentido, mas somente pela efetividade real de suas medidas de controle, as quais pertencem a ameaça e a execução das penas.

Assim, o Estado através da vingança pública utiliza o *jus puniendi* ou o dever de punir, para exercitar o seu domínio e exercer o seu controle. Com isso é necessário uma pena que não seja desumana, degradante ou infamante, mas que cumpra com o seu dever.

Essa pena é a prisão, ou seja, a segregação da liberdade do direito de locomoção, do direito de ir e vir livremente e que brevemente será tratada especificadamente.

2.3 A prática punitiva da pena como forma de controle social

Por que se pune? Esta indagação faz parte talvez de uma das questões mais importantes e intrigantes de uma sociedade. Talvez a resposta mais simples pudesse ser: porque transgrediu uma lei, ou cometeu um crime. Mas será que é apenas isto? Ou quem sabe, isso nos é informado, difundido ou “vendido” como uma ideia? Todos os dias têm exemplos de direito penal na sociedade, pois, a todo o momento os crimes vêm sendo praticados, uns mais graves, outros menos graves, uns envolvendo excluídos sociais, outros envolvendo incluídos sociais, uns serão identificados e punidos, já outros, sequer serão descobertos. Com efeito, talvez se possa afirmar que a própria transgressão da lei, ou o cometimento do crime não deixe de ser um fenômeno da própria sociedade.

O fato é que, como vimos, em determinado momento na história, o Estado soberano, toma para si o dever de proteção e tutela social e começa a exercê-lo, também através da punição, na chamada vingança pública. Se for uma espécie de vingança, significa dizer que alguém não cumpriu com seus deveres para com o Estado ou pior, além de não cumprir com o seu dever ainda transgrediu uma norma de conduta e neste ponto é necessário esclarecer que se alguém não segue o status determinado pelo governante, ou seja, se alguém não está cumprindo as normas do detentor do poder, para este, ele é representa um risco e este risco é relacionado ao próprio poder de governabilidade. Portanto, para quem detém o poder de punir é necessário exercê-lo, pois, se não o fizer, corre o risco de perdê-lo, ou até mesmo encontrar certa dificuldade em relação aos outros tutelados.

Para o Estado detentor do poder punitivo é necessário punir e para isso vai desenvolver algumas técnicas e utilizar um dos ramos mais violentos do direito, que é justamente o direito penal através da aplicação de uma pena. Pode-se afirmar que se numa sociedade, o direito civil serve para regulamentar todos os negócios envolvendo a coletividade, para a sociedade é difundida a ideia de que o direito penal é o ramo que trata das transgressões aos bens jurídicos e interesses sociais, ou seja, seria o Estado soberano cuidando e protegendo a própria sociedade da violência e prática delitiva existente e nesse caso exercerá o seu poder punitivo para alcançar a chamada “paz social”.

No passado, o transgressor ao cometer um crime, ou pelo menos ter sido condenado por um, pagava com o próprio corpo, através dos chamados suplícios, como deixa claro Michel Foucault em sua obra clássica *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Depois, se verificou que eliminar este transgressor da sociedade não era interessante, mas sim, recuperá-lo e até mesmo domesticá-lo, em razão do capitalismo, para que pudesse voltar à sociedade e aceitar os seus preceitos, através de uma pena de segregação, conforme leciona Cirino dos Santos (2012, p. 267):

O método de transformação individual da prisão é a *disciplina*, a política de coerção exercida para dissociar a energia do corpo da vontade pessoal do condenado, com o objetivo de construir indivíduos dóceis e úteis, que obedecem e produzem. Os recursos do poder disciplinar são a *vigilância hierárquica*, a *sanção normalizadora* e o *exame*, conforme a célebre formulação de FOUCAULT.

Com isso, cria-se o cárcere como local de cumprimento da pena, onde é retirado do ser humano sua liberdade, por um determinado período de tempo e também como forma de disciplinar este ser que até então não aceitava as normas de convivência estatal, como lembram Melossi e Pavarini (2006, p. 216):

O cárcere surge assim como modelo da “sociedade ideal”. E mais: a pena carcerária – como sistema dominante do controle social – surge cada vez mais como o parâmetro de uma mudança radical no exercício do poder. De fato, a eliminação do “outro”, a eliminação física do transgressor (que, enquanto “fora do jogo”, se torna destrutível), a política de controle através do terror se transforma – e o cárcere é o centro desta mutação – em política preventiva, em contenção, portanto, da destrutividade. Passa-se, assim, da eliminação à integração do criminoso ao tecido social. Os tempos, os modos e as formas desta “transformação” do criminoso na imagem burguesa de como “deve ser” o “não proprietário”, isto é, o “proletário”, são complexos e se calcam numa outra identidade: exatamente aquela entre não proprietário e criminoso. [...] O cárcere – em sua dimensão de instrumento coercitivo – tem um objeto muito preciso: a reafirmação da ordem social burguesa (a distinção nítida entre o universo dos proprietários e o universo dos não proprietários) deve educar (ou reeducar) o criminoso (não proprietário) *a ser proletário socialmente não perigoso, isto é, ser não proprietário sem ameaçar a propriedade*.

A prisão ou este modelo de segregação da liberdade de locomoção é conveniente às pretensões estatais, pois, de um lado não são a princípio penas desumanas em comparação aos suplícios no contexto de pena corporal, por outro, não se elimina o transgressor da sociedade, mas sim o “recupera”, o “domestica”, torna-o “dócil” para que possa se encaixar no modelo de dominação e ainda se consegue passar para os tutelados a

importância do Estado no combate à criminalidade e no exercício de punir o transgressor. Logo, parece que este modelo, atende as necessidades de todos os envolvidos neste mecanismo de controle e domínio social, através da aplicação de uma pena, neste caso, uma pena de segregação do ser humano, que através da sua transgressão contribuirá para o desenvolvimento do capitalismo.

Neste diapasão, o cárcere adotará até mesmo o modelo de fábrica, daí a importante lição de Michel Foucault (2003, p. 119), neste ponto:

O momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente ao aumento de suas habilidades, nem tampouco, aprofundar sua sujeição, mas à formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente. Forma-se então uma política das coerções que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos. O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadriha, o desarticula e o recompõe. Uma “anatomia política”, que é também igualmente uma “mecânica de poder”, está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficiência que se determina. A disciplina fábrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma “aptidão”, uma “capacidade” que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita. Se a exploração econômica separa a força e o produto de trabalho, digamos que a correção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada.

A relação cárcere/fábrica lembra Cirino dos Santos (2012, p. 272) está associada diretamente ao capitalismo, onde são necessários trabalhadores submissos a este sistema, logo, segundo o autor a prisão nasce de uma exigência do próprio mercado de trabalho, funcionando como um sistema de controle social e a fábrica como um aparelho para produção econômica deste mecanismo social e assinala:

Na sociedade de produção de mercadorias, a reprodução ampliada do capital pela expropriação de *mais-valia* da força de trabalho – a energia produtiva capaz de produzir valor superior ao seu valor de troca (salário) – exige o controle da classe trabalhadora: na fábrica, a coação das necessidades econômicas submete a força de trabalho à autoridade do capitalista; fora da fábrica – a chamada *superpoluição relativa*, sem função direta de reprodução do capital, mas necessária para manter os salários em níveis adequados à máxima valorização do capital – são

controlados pelo cárcere, que funciona como instituição auxiliar da fábrica. Logo a disciplina como política de coerção do aparelho carcerário para produzir sujeitos dóceis e úteis, na formulação de FOUCAULT, descobre suas determinações materiais na relação capital/trabalho assalariado, porque existe como adestramento da força de trabalho para reproduzir o capital e, portanto, como fenômeno de economia política, na definição de MELOSSI/PAVARINI.

Ademais, na relação cárcere/fábrica alguns modelos deixam clara esta ideia de transformar os condenados em agentes dóceis e trabalhadores, contribuindo para o próprio capital, como os modelos adotados nos Estados Unidos da América denominados: modelo de Filadélfia e modelo Auburniano. Com suas diferenças básicas, pode-se afirmar que os dois padrões de segregação funcionaram como fábricas/prisões cuja mão de obra explorada é a dos próprios condenados.

Com isso, é possível afirmar que a prisão nasce com o objetivo claro de vigiar e punir. Contudo, não apenas isso, pois, é necessário atender os anseios do sistema do capital, agindo dentro e fora da prisão, dentro da relação cárcere/fábrica, pois, no modelo de exploração do capital, não interessa qual “couro” está sendo retirado, se de uma pessoa numa fábrica ou de uma pessoa numa prisão, porém, caso tenha os dois, ainda é melhor, pois, a mão de obra a ser explorada é ainda mais barata e já está pronta. Assim, no fim, o que realmente importa para o capital é a continuidade da linha de produção e obtenção do lucro seja de onde for.

2.4. Os fins da pena e suas espécies no ordenamento jurídico brasileiro

2.4.1. Os fins da pena

Vimos no item anterior que para a manutenção do poder, é necessário ao soberano o exercício do poder de punir para quem não se adequa as normas de convivência social, de modo que ao se transferir ao Estado, tal domínio, este acaba detendo, para uns um direito e para outros um dever punitivo, mas que de qualquer forma ele irá exercê-lo utilizando o direito penal, na sua modalidade mais gravosa que é a segregação do ser humano para o cumprimento de uma pena. Abordaram-se os aspectos da prisão como forma de controle social para satisfação do capital, bem como a relação prisão/fábrica.

Contudo, é necessário trazer à discussão a questão relativa à finalidade da pena, merecendo destaque a análise de Busato (2013, p. 750):

Os fins da pena devem ser analisados segundo o contexto histórico da concepção de Estado, indivíduo e sociedade. Na antiguidade, desconhecia-se a pena de prisão. Esta era utilizada meramente como encarceramento processual para aguardar pela execução, que se traduzia pelo sacrifício, muitas vezes, expressado em um suplício físico ou moral. A evidente conexão com um Estado absoluto caracteriza essa primeira etapa da evolução da teoria da pena, onde o poder soberano era identificado como um poder ungido por Deus. O Direito Natural caracterizava essa época e toda a etapa medieval europeia. Era de entender-se para a época, que como esse Direito se relacionava com a divindade era inquestionável como fonte do puro dever. A pena, nesse Estado, adquire conotações religiosas. Como na figura do rei recaia a representação do Estado e a representação da justiça divina sobre a terra, qualquer pessoa que se rebelasse contra o Estado ou contrariasse qualquer disposição legal atentava contra a figura do soberano e contra o próprio Deus. A pena, neste contexto, *expiava* o pecado cometido pelo indivíduo, e ainda eram, precipuamente, açoites, desterros, execuções e mutilações.

Conclui o autor que após a transição do Estado absoluto para o Estado liberal, com a concepção de direito natural voltada à razão e não mais à divindade, a pena adquire um contorno no sentido de justiça, dentro do critério de necessidade, limitação e culpabilidade, portanto, não possuía um fim.

Isto posto, se torna necessário fazer a abordagem quanto as teorias concernentes aos fins da pena, denominadas como teorias absolutas ou retributivas, relativas ou preventivas e unitárias ou ecléticas, cujo objetivo é demonstrar seus conceitos, características, formas e sua real efetividade no nosso ordenamento jurídico, pois, o objeto da pesquisa é justamente entender se uma segregação cautelar pode ser interpretada como uma pena antecipada. Logo, é fundamental compreender essas teorias para saber se podem ou não ser aplicadas no caso das prisões provisórias.

2.4.2 Teorias absolutas

Para esta teoria, o que determina a aplicação da pena é a possibilidade de retribuição, ou seja, uma espécie de compensação em razão da conduta delitiva praticada. Cirino dos Santos (2012) afirma, utilizando a fórmula de Sêneca “punido porque pecou” que a imposição de uma pena com o caráter retributivo, representa a imposição de um mal justo, contra o mal injusto do crime, necessário à satisfação da justiça. O mesmo autor ainda lembra que a pena retributiva é a mais antiga e mais popular, em relação a sua utilidade, podendo funcionar como espécie de expiação ou compensação.

Ferrajoli (2014, p.338) sobre esse princípio, leciona:

O problema do *quando* (ou do *que*) *punir* é aparentemente o mais simples de todos os problemas de legitimação do direito penal. A resposta que geralmente é dada a esta pergunta por parte do pensamento jurídico-filosófico está expressa na máxima *nulla poena sine crimine*, que constitui o axioma A1 do nosso sistema SG. A pena, segundo este princípio formulado nitidamente nas célebres definições de Grócio, Pufendorf e Thomasius, é uma sanção cominada *ab malum actionis*, ou *antegressi delicti*, ou *propter delictum*, isto é, aplicável quando se tenha praticado um delito, que constitui sua causa ou condição necessária e do qual se configura como efeito ou consequência jurídica. Trata-se do *princípio de retribuição* ou do caráter de consequência do delito que a pena tem, que é a primeira garantia do direito penal e que, como escreve Hart, expressa não o fim senão justamente o critério de distribuição e de aplicação das penas. Graças a ele, a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva ou *post delictum*.

Regis Prado, Érika Mendes e Gisele Mendes (2015, p.442) asseveram:

Fundamentam a existência da pena unicamente no delito praticado (*punitur quia peccatum est*). A pena é retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo crime. É decorrente de uma exigência de justiça, seja como compensação da culpabilidade, punição pela transgressão do direito (teoria da retribuição), seja como expiação do agente (teoria da expiação). As concepções absolutas têm origem no idealismo alemão, sobretudo com a teoria da retribuição ética ou moral de Kant – a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios a sua essência. Manifesta-se dizendo que a pena judicial (*poena forenses*) distinta da natural (*poena naturalis*), pelo que o vício pune-se a si mesmo e que o legislador não leva absolutamente em conta, não pode nunca servir simplesmente para fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente, seja para a sociedade civil, mas deve ser-lhe imposta tão somente porque delinuiu; porque o homem nunca pode ser utilizado como meio senão para si mesmo, nem confundido com os objetos de direito real (*Sachenrecht*).

Os mesmos autores afirmam que atualmente a concepção de retribuição indica a pena, devendo ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com a justiça distributiva. Importa destacar ainda que a questão da pena como caráter de retribuição, possui laços fortes, inclusive com o direito canônico como salientam Melossi e Pavarini (2014) ao afirmarem que a sanção aplicada aos sacerdotes, às chamadas penitências eram para serem cumpridas em isolamento, inclusive isolamento celular, para poder se fazer uma reflexão sobre o fato ocorrido, bem como se buscar o arrependimento. Depois essa natureza terapêutica da pena perde lugar para o sentimento de vingança, para que a sociedade pudesse atingir a sua satisfação e enfatizam:

A circunstância da ausência da experiência do trabalho carcerário na execução penal canônica pode esclarecer o significado que a autorização eclesiástica veio a atribuir à privação da liberdade por um período determinado de tempo. Parece-nos, de fato, que a pena do cárcere – da forma como teve lugar na experiência canônica – atribuiu ao tempo de internamento o significado de um *quantum* de tempo necessário à purificação segundo os critérios próprios do sacramento da penitência; portanto, não era tanto a privação da liberdade em si que constituía a pena, mas sim a ocasião, a oportunidade para que, no isolamento da vida social, pudesse ser alcançado aquilo que era o objetivo ideal da pena: *o arrependimento*. Essa finalidade devia ser entendida como correção, ou possibilidade de correção, diante de Deus, e não como regeneração ética e social do condenado-pecador. Nesse sentido, a pena não podia ser mais do que retributiva, fundada por isso, na gravidade do delito e não na periculosidade do réu.

Para Busato (2013) a teoria absoluta, ou retributiva traz uma ideia substancial que é tratar a pena como um mal, mas um mal que é utilizado como uma oposição a outro mal, que é o crime. O que é chamado de mal justo se referindo a pena e um mal injusto se referindo ao crime, o que o autor denomina como uma falácia e destaca os expoentes dessa teoria:

Entre os representantes do pensamento retributivo da pena se encontram Kant e Hegel, máximos representantes da filosofia idealista alemã, cuja importância em termos de fundamento da pena tornou suas teses dominantes na Alemanha, pelo menos até o início dos anos 60 do século XX, a ponto de chegarem a influenciar com uma concepção retributiva o próprio projeto do Código Penal do pós-guerra, de 1962. Além deles, o italiano Carrara, representante da escola Clássica. Ademais, também preconizavam tendências retribucionistas, já mais modernamente, com matrizes, dando prevalência à tendência retributiva sem negar aspectos preventivos, Binding, Mezger, Welzel e Bettiol.

Não parece correto tratar a pena como uma espécie de “mal necessário”, ou no sentido de se pagar o “mal com o próprio mal”, devolver ao criminoso condenado um sentido de retribuição pura do ato ilícito cometido. Com efeito, parece que quando se traz a ideia de retribuição ou devolução, o censo de justiça deixa de existir e se passa a ter apenas um sentimento de vingança, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Zaffaroni (2013, p. 325) traz importante lição sobre o retribucionismo na América Latina:

O retribucionismo latino-americano, isto é, a concepção latino-americana da pena como uma retribuição, conforme o princípio da culpabilidade, é

produto de uma reação contra o positivismo, provocada por aqueles que se têm apercebido claramente do perigo que tal posicionamento representou, e representa, para o pensamento democrático. Sem embargo, este retribucionismo, desenvolvido ao amparo da dogmática neokantiana alemã, também falha pela perda do dado da realidade, tão importante numa região que pode ser classificada como um conjunto de países periféricos, dentro aqueles de economia descentralizada. Aqui cabe revigorar, na medida prudente em que como crítica era válida, a objeção do velho Marat: a retribuição não pode ser justa em sociedades altamente injustas quanto ao seu sistema de produção (na América Latina mais de 40% da população está a margem do sistema de produção industrial) e quanto ao seu sistema de distribuição (a maior parte de renda concentra-se em uma minoria). Definitivamente, isto faz com que o retribucionismo, que tem a vantagem de denunciar os excessos biologistas e racistas do positivismo, converta-se em uma ideologia que, frequentemente, para não dizer quase sempre, sirva aos setores mais ou menos tecnocratas do segmento judicial e a seus vizinhos do sistema penal, fechando-se a qualquer dado de realidade que provenha da sociologia ou da economia, que não tenha cabimento dentro da sua interpretação jurídica.

De fato, se um Estado é omissivo e exclui os seus tutelados, com relação aos aspectos sociais, por exemplo, pensar numa pena cuja função é devolver um “mal” praticado parece ser tão arbitrário e incorreto que se torna injusto.

Contudo, pode-se afirmar que a sociedade brasileira atualmente ou pelo menos grande parte dela, confunde justiça com vingança e acredita na punição mais severa, na eliminação do transgressor da sociedade, na possibilidade de penas mais rigorosas e mais criminalizações de condutas humanas. Este fenômeno ocorre por algumas razões, entre elas merece destaque a influência direta da mídia punitivista, pregando discursos de ódio criando inimigos, políticos sensacionalistas que usam da função para criar o terror social e legislam neste sentido, aumento de crimes graves, corroborados com a sensação que a sociedade possui de insegurança e entende que o melhor seria ou deixar o transgressor preso por mais tempo ou até mesmo eliminá-lo da sociedade, pois, só assim, poderia se sentir mais “segura”, sendo possível comprovar esse fato através dos crescentes linchamentos públicos de pessoas acusadas de crimes, que inclusive estão perdendo a vida nas mãos da sociedade. Fatos como esses são inadmissíveis num Estado Democrático de Direito, cujas garantias constitucionais deveriam sempre prevalecer.

2.4.3 Teorias relativas ou preventivas

Diferentemente das teorias absolutas ou retributiva, a teoria relativa está mais focada no sentido de evitar as práticas criminosas, ou seja, a ideia geral desta teoria é a prevenção. Quanto a sua origem Busato (2013) afirma que é antiga, tendo surgido também no iluminismo, contudo, é no Estado Social juntamente com o contrato social que ela vai atingir sua plenitude, pois, a preocupação maior é com a sociedade e não só com o indivíduo.

Busato (2013, p. 759) ainda afirma que:

A pena, nesse contexto, também é entendida como um mal, mas ao contrário das ideias absolutistas, este mal se entende como “necessário” à manutenção da ordem social e prevenção da criminalidade. O fato de entender a pena sob contornos da tradição *kantiana* não se justifica no novo Estado, já que nessa proposta a pena não cumpre nenhum fim e dirige sua vida ao passado. As justificações da pena, sob contornos utilitaristas, pelo contrário, avocam prevenir a criminalidade dirigindo a sua orientação ao futuro.

Regis Prado, Érika Mendes e Gisele Mendes (2015) afirmam que o fundamento para a teoria relativa é a necessidade de se evitar, no futuro, a prática de novos delitos, não como uma necessidade ou até mesmo uma concepção de justiça, mas no sentido preventivo, como uma garantia social de cometimento de novos crimes, se justificando por uma questão de conveniência social.

Bitencourt (2014) assevera que a concepção mais antiga das teorias relativas, é atribuída a Sêneca que empregando Protágoras de Platão sustentou que nenhuma pessoa é castigada pelo pecado que cometeu, mas sim, para que não volte a pecar. Contudo, para o autor, são nos períodos dos pensamentos jusnaturalista e contratualista do século XVII, que as teorias relativas vão se desenvolver. Com isso, não se trata mais de entender a pena como retributiva, mas principalmente para evitar e prevenir que novos delitos sejam praticados, conforme explica o autor (2014, p. 142):

Para as teorias relativas a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas, a pena se impõe para que não volte a delinquir. Ou seja, a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua *justificação* deixa de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como *meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos*. Por isso as teorias relativas

também são conhecidas como *teorias utilitaristas* ou como teorias preventivas.

Importa destacar que a prevenção será dividida em prevenção geral e especial, diferenciando-se em razão do seu direcionamento. Na prevenção geral o foco é demonstrar à sociedade que não devem praticar crimes, ou seja, se previne a sociedade como um todo e de maneira geral. Na prevenção especial o foco é o próprio delinquente que está cumprindo a pena. Com isso, a ideia é demonstrar para ele, de maneira especial, que não deve voltar a delinquir, já que ele conhece os percalços do cumprimento de uma pena. Portanto, se previne de maneira geral toda a sociedade e de maneira especial o próprio autor do delito.

Neste diapasão, Regis Prado, Érika Mendes e Gisele Mendes (2015, p. 444) ensinam:

De outro modo, a concepção preventiva geral da pena busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal. Em resumo, a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social. É a denominada prevenção geral intimidatória, que teve clara formulação por Feuerbach (teoria da coação psicológica), segundo a qual a pena previne a prática de delitos porque intimida ou coage psicologicamente seus destinatários. Como doutrina utilitarista, refuta as bases metafísicas da teoria retributiva, e, nesse sentido, representa um avanço.

Bitencourt (2014) lembra que as teorias preventivas gerais, ainda, assumem uma subdivisão, onde uma delas será denominada prevenção geral negativa ou intimidatória, que utiliza a atemorização de uma possível pena em razão do delito praticado e a outra prevenção geral positiva, cuja função é fortalecer os laços de lealdade à sociedade em que estejam inseridos.

Cirino dos Santos (2012), ao tratar do caráter de prevenção geral negativa, aponta que esse tipo de prevenção, não se aplica a todos os crimes, principalmente os cometidos por impulso e destaca:

A prevenção geral negativa da ameaça penal pode ter efeito desestimulante em *crimes de reflexão* (crimes econômicos, ecológicos, tributários etc.), característicos do *Direito Penal simbólico*, mas não tem efeito em crimes impulsivos (violência pessoal ou sexual, por exemplo),

próprios da criminalidade comum estampadas nos meios de comunicação de massa. Logo a inibição de impulsos antissociais pela *ameaça penal* somente seria relevante no Direito Penal *simbólico* – um direito destituído de eficácia *instrumental* e instituído pela legitimação *retórica* do poder punitivo do Estado, mediante criação/difusão de imagens ilusórias de eficiência repressiva na psicologia do povo - , mas é irrelevante no Direito Penal *instrumental*, cujo objeto é delimitado pela *criminalidade comum*, área de incidência da repressão penal seletiva.

De fato, parece bem claro que este tipo de prevenção já não atingiria certos tipos de delitos, principalmente, conforme destacou o autor acima, os praticados por impulso. Contudo, também quanto aos outros crimes, é temerosa a teoria, tendo em vista que teríamos que partir da ideia central de que todos ao cometer um crime, pensariam nas consequências nefastas, no caso de serem pegos, mas, existem outros fatores externos que poderia impossibilitar este raciocínio. Pode se exemplificar com a hipótese de um dependente químico, que para adquirir a substância entorpecente, subtrai para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Neste exemplo este transgressor, em razão de seu estado, dificilmente faria tal raciocínio, de modo que até mesmo para outros delitos, essa teoria, dependendo da circunstância se torna preocupante.

Neste sentido, a lição de Bitencourt (2014, p. 145):

Além disso, ao falarmos da prevenção geral negativa, não podemos deixar de mencionar os problemas empíricos ou criminológicos que suas diretrizes enfrentam. Muitas das objeções que se fazem a prevenção geral decorrem da impossibilidade de constatação empírica da função intimidatória da pena.

Há que concordar com o autor, pois, para ter certeza da eficácia da teoria, seria necessária sua comprovação empírica, ou seja, uma prova científica que demonstrasse que todas as pessoas sofrem uma intimidação para não cometerem um delito, tendo em vista que podem sofrer uma sanção decorrente de sua prática. Contudo, não é possível afirmar que todas as pessoas se sentem intimidadas por esse caráter de prevenção geral. Portanto, cientificamente sem ser possível tal prova, se torna temerosa tal teoria.

Quanto a prevenção geral positiva, esta atua num sentido de instrução à sociedade. Bitencourt (2014) afirma que ela não está querendo alcançar o delinquentes transgressor, nem tem o interesse de intimidar a sociedade, mas num sentido de educar revigorando os princípios nas normas jurídico-penais, agindo diretamente nas pessoas para acreditarem na eficácia do direito penal na resolução do conflito.

Merece destaque a lição de Regis Prado, Érika Mendes e Gisele Mendes (2015, p.445):

Em linhas gerais, três são os efeitos principais que se vislumbram dentro do âmbito de atuação de uma pena fundada na prevenção geral positiva: em primeiro lugar, o efeito de aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo Direito Penal; em segundo lugar, o efeito de confiança, que se consegue quando o cidadão vê que o direito se impõe; e por derradeiro, o efeito de pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida através da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica.

Importa frisar que os autores acima, tecem críticas a esta teoria, pois salientam que seu conteúdo não é moderno, tendo em vista que sua ligação direta com a função retributivista da pena justa e apropriada à gravidade do crime, sendo que sua aplicabilidade resulta na própria reafirmação do ordenamento jurídico.

2.4.4 Teorias unitárias, ecléticas ou mistas

Esta teoria visa incorporar as questões mais relevantes das teorias absolutas e relativas, na criação de uma teoria única. Com efeito, se constata que dentro da teoria absoluta sua preocupação é o caráter retributivo da pena, ou seja, quem comete o crime tem que sentir a resposta pela prática da sua conduta ilícita por parte do Estado que detém o poder punitivo. Em contrapartida, nas teorias relativas, o que importa não é a retribuição ao delinquente, mas, seu caráter de prevenção, seja geral *erga omnes*, ou especial para aquele que cometeu o delito e vivenciou os efeitos da condenação penal, além da possibilidade de ressocialização.

Neste diapasão a lição de Bitencourt (2014, p. 155):

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século XX o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena. As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, as teses sustentadas pelas

teorias absolutas ou relativas da pena. Sustentam que essa “unidimensionalidade”, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do Homem.

Busato (2013) lembra que o surgimento das teorias mistas ocorre em razão do insucesso das teorias retributivas e preventivas e destaca como relevante o fato de se buscar naquele cenário, o melhor de cada uma. Contudo, entende que não passou de uma solução simplista, sujeita a várias críticas em razão de uma precariedade teórica.

O mesmo autor salienta que mais tarde, haverá uma mudança na própria teoria mista, com um perfil mais direcionado a questão da prevenção e cita Silva Sánchez que aduz:

Assim, existem as que partem da retribuição como finalidade básica, ideia que resulta logo completada com referências preventivas, como ocorre no Projeto governamental alemão de 1962; ao contrário, se dão fundamentações basicamente preventivas, a respeito das quais a ideia de retribuição da culpabilidade atua como limite. Também dentro dos enfoques preventivos é possível distinguir segundo o papel predominante se lhe assinale à prevenção geral ou especial; na atualidade, e superada a época de domínio das considerações preventivo-especiais, que cabe centrar em torno ao *Alternativ Entwurf* alemão de 1966, pode apreciar-se um retorno a construções em que o critério básico é o preventivo-geral. Desde outro ponto de vista, cabe distinguir entre doutrinas que se limitam a superpor os diferentes critérios sem estabelecer uma ordem clara entre os mesmos e outras que intentaram configurar desde perspectivas ecléticas, a missão do Direito Penal recorrendo a critérios dinâmicos, ou seja, assinalando a cada um deles fins parcialmente diferentes. Neste último nível se situam as conhecidas concepções de SCHMIDHÄUSER (teoria da diferenciação) e, mais ainda, de ROXIN (teoria dialética da união).

Em relação a teoria dialética de Claus Roxin, Busato (2013) aponta que a culpabilidade tem uma colocação liberal autônoma da retribuição. Assim, com a superação da ideia de retribuição, restaria a prevenção geral e especial, de modo que para o autor alemão, a pena não pode sobrelevar em gravidade o grau de culpabilidade do agente, de modo que só conhecendo esse limite é possível identificar a finalidade de prevenção geral e especial, em se tratando de uma teoria unificadora e preventiva.

Bitencourt (2014, p. 159) sobre essa teoria assevera que o próprio Roxin faz, resumidamente, a afirmação que o objetivo da pena é a prevenção geral e especial, com o limite da incidência da culpabilidade e afirma:

As consequências alcançadas por Roxin são, em grande medida, adequadas no momento de *individualização judicial da pena*; contudo, é criticável o esvaziamento que sua postura produz no conteúdo material da culpabilidade, relativizando a importância desta na determinação da medida da pena. Por que se somente uma pena justa, adequada à culpabilidade, permite cumprir com a finalidade preventivo-geral, o que autoriza deduzir tanto a necessidade como a possibilidade de prevenção é a culpabilidade enquanto fundamento da pena.

Investigando as teorias elencadas, cada uma com suas características próprias, é de notar-se certa preocupação com o objetivo final que uma pena deve alcançar como retribuir o mal praticado, prevenir a sociedade, prevenir o delinquente e ressocializá-lo, intimidar a coletividade ou reforçar nela a importância do direito penal para se atingir a “paz social”. Por outro lado, é necessário esclarecer que não é a pena com suas mais variadas teorias que vai resolver os conflitos sociais. O direito penal não é autoexecutável, logo, não age sozinho. É necessária uma série de procedimentos garantidores dos preceitos e garantias constitucionais e até mesmo convencionais, em se tratando da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969, bem como o próprio Código de Processo Penal.

Ademais, o direito penal deve ser sempre a *ultima ratio* e não a *prima ratio*, pois, não pode sozinho evitar a violência e a criminalidade. Contudo, também não se pode ser contrário a pena. Ela existe e tem que possuir uma finalidade, um objetivo e neste ponto concordamos com a afirmação de Regis Prado, Érika Mendes e Gisele Mendes (2015, p.454):

Em síntese: a justificação da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem *exclusivimos*. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social – *ultima ratio legis* –, mas também, *indispensável* para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. De igual modo, deve ser a pena sobretudo em um Estado constitucional e democrático, sempre *justa*, inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível. Ainda que necessária para justificar a pena, não é bastante a ideia de prevenção geral para limitá-la no contexto de um Direito Penal mínimo e garantista. O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um *único* ponto de vista, com exclusão pura e simples

dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa.

Assim, independentemente da teoria, que se adote, sobre a pena, jamais, se poderá esquecer que é aplicada a um ser humano, portanto, deve respeitar o direito fundamental da dignidade pessoa humana.

2.5 As penas privativas de liberdade

A pena privativa de liberdade é considerada a espécie de sanção mais grave que o ordenamento jurídico pátrio possui. Sua característica principal é a possibilidade do Estado, através de seu poder de punir, retirar do ser humano sua liberdade de locomoção, ou seja, o seu direito de ir e vir.

Com isso, o condenado a uma pena privativa de liberdade de locomoção terá que permanecer em local apropriado denominada penitenciária, onde passa a obedecer, o limite territorial imposto, bem como as regras de convivência daquele local, juntamente com outros condenados que não podem, sem autorização judicial, sair. Além disso, todos os condenados devem se sujeitar a legislação penal especial, Lei 7.210/84, conhecida como LEP, Lei de execução penal, que dispõe sobre as regras para o cumprimento da pena, além dos direitos, deveres e obrigações dos recuperandos.

Na Idade Média, inexistia a prisão como espécie de pena, pois, geralmente a segregação da liberdade era até o julgamento. Neste caso, a sentença já era executada, pagando o condenado, muitas vezes, com o próprio corpo, pois, o caráter era retributivo com o objetivo de expiação. Esses suplícios eram as penas da época, juntamente com a possibilidade exílio e ainda penas infamantes, ou seja, humilhantes como na marcação com ferro quente no corpo do condenado indicando que era um criminoso. Mas a segregação da liberdade como uma espécie de pena, como a conhecemos hoje, inexistia.

Vale a lição de Massimo e Pavarini (2014, p. 21):

Num sistema de produção pré-capitalista, o cárcere como pena não existe. Essa afirmação é historicamente verificável, advertindo-se que a realidade feudal não ignora propriamente o cárcere como instituição, mas sim a pena do internamento como privação da liberdade. Pode-se dizer

que a sociedade feudal conhecia o cárcere preventivo e o cárcere por dívidas, mas não se pode afirmar que a simples privação da liberdade, prolongada, por um determinado período de tempo e não acompanhada por nenhum outro sofrimento, fosse conhecida e portanto, prevista como pena autônoma e ordinária. Esta tese, que tende a sublinhar a natureza essencialmente processual do cárcere medieval, é acolhida quase unicamente pela ciência histórico-penal.

No mesmo sentido, Regis Prado, Érika Mendes e Gisele Mendes (2015, p. 455) lembram que a pena privativa de liberdade é hoje amplamente utilizada, mas antigamente funcionava como um instrumento de custódia provisória durante o transcorrer do processo ou o início do cumprimento da pena e salientam:

Com efeito, assevera Bettiol que a origem recente da pena de prisão explica-se pelo fato de que, no passado, “as verdadeiras penas eram a pena de morte, a mutilação, o exílio, o confisco, enquanto o encarceramento tinha escopo meramente processual, porque servia para assegurar, no processo, a presença do réu”. Evitava-se, desse modo a fuga do acusado. O encarceramento era feito sobretudo em masmorras, mosteiros e poços, como uma espécie de “etapa preliminar” da aplicação das penas corporais ou simplesmente como fruto do arbítrio dos governantes.

No período iluminista com as ideias de reformadores como Beccaria, Howard e Bentham, conforme leciona Bitencourt (2014), o sistema penal se encontrava em dificuldade. De acordo com o autor, a pena que era intimidatória não cumpria com o seu dever e os índices de criminalidade e reincidência só aumentavam, demonstrando um verdadeiro insucesso da prisão e relata:

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a *reforma do delinquente*. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível *reabilitar* o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista: já não se tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o *objetivo ressocializado* da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

De fato, num determinado período não se retirava só a liberdade do acusado, mas se violentava, torturava e o executava em praça pública para expiar seus pecados, pagar

pelo crime e com o “pano de fundo” controlar e dominar a sociedade que se não cumprisse com as regras do soberano, talvez pudesse figurar naqueles patíbulos também.

Depois, se verifica que estes suplícios não atendem mais as necessidades e se criam as chamadas penas privativas de liberdade com a supressão do direito de locomoção do delinquente para que pudesse, em local apropriado, ser corrigido, domesticado e voltar para contribuir com o sistema do capital, já que ele também é necessário, mesmo que não estivesse trabalhando numa fábrica, pois, para o sistema do capital, o alto número de desempregados é essencial, onde quem está trabalhando, com receio, de perder o seu emprego aceita as altas jornadas de trabalho e toda a exploração que o capital trazia. Portanto, dentro do sistema de engrenagem, a prisão era necessária, mesmo que não cumprisse com a “ressocialização” do delinquente.

Com efeito, não se pode querer atribuir a prisão um fator ressocializador, pois, ela nunca teve essa intenção, nem poderia, ela nasce como bem destacou Michel Foucault, para vigiar, para punir, para exercer um controle, um domínio do soberano, sobre os seus tutelados e principalmente, manter todas as engrenagens em constante movimento em função do capital, e é justamente por essa razão que este fracassado instituto sempre esteve e sempre estará em crise. Por conseguinte é muito comum no meio acadêmico ouvir expressões relativas às obras que tratavam do sistema carcerário medieval e principalmente no século XIX, como leitura dos problemas atuais. É de se notar que, no fim, mudaram-se os personagens, a tecnologia, mas o regime é o mesmo, a exploração do capital é a mesma, logo, se continua a enfrentar os mesmos problemas do passado, em relação ao crescente aumento da violência, criminalidade urbana e a prisão não resolve o problema. Só que agora ainda temos um poder midiático extremamente punitivo que também corrobora com o problema.

Ademais, historicamente algumas doutrinas atribuem ao direito canônico, esse modelo de privação da liberdade de locomoção, para o pagamento de uma penitência, arrependimento e expiação. Busato (2013, p.828) lembra que a prisão moderna, acabou sendo desenvolvida nos Estados Unidos da América, através dos modelos Filadélfia e Auburn:

A prisão padrão da modernidade, porém, acabou sendo desenvolvida nos Estados Unidos da América, especialmente segundo os modelos de Filadélfia e de Auburn, ainda que alguns precedentes sejam apontados pela doutrina nos chamados *hospícios italianos*, onde se adotava também um regime de isolamento celular *diurno* e *noturno*, como é o caso da prisão de Gand, fundada em 1775, e do Hospício de São Felipe Néri, em

Florença, fundada por Filipe Franci em 1677, ou com isolamento noturno e trabalho diurno em comum, como no hospício de São Miguel, em Roma fundado em Roma em 1704.

Sobre o sistema pensilvânico ou celular Bitencourt (2014) destaca que em seus fundamentos segue as ideias de estabelecimentos holandeses e ingleses, bem como parte das ideias de Beccaria, Howard e Bentham e do próprio direito canônico. Pode-se afirmar que a principal característica desse sistema é o confinamento, solitário e celular do condenado, contudo, lembra o autor que não se deu por completo, pois, o isolamento total foi aplicado somente aos mais perigosos. Aos outros era permitido o trabalho durante o dia, respeitando a lei do silêncio.

Já o sistema Auburniano surge, justamente, para suprir os problemas do regime de isolamento celular pensilvânico segundo Bitencourt (2014) e assevera:

O sistema Auburn – *silent system* – adota, além do trabalho em comum, a regra do silêncio absoluto. Os detentos não podiam falar entre si, somente com os guardas, com licença previa e em voz baixa. Neste silêncio absoluto Foucault vê uma clara influência do modelo monástico, além da disciplina obreira. Esse silêncio, ininterrupto, mais que propiciar a meditação e a correção, é um instrumento essencial de poder, permitindo que uns poucos controlem uma multidão. O modelo auburniano, da mesma forma que o filadélfico, pretende, consciente ou inconscientemente, servir de modelo ideal à sociedade, um microcosmos de uma sociedade perfeita onde os indivíduos se encontrem isolados em sua existência moral, mas são reunidos sob um enquadramento hierárquico estrito, com o fim de resultarem produtivos ao sistema.

Outra característica deste sistema era o trabalho, cuja ideia principal era domesticar o delinquente para se tornar um proletário, ou seja, um não proprietário, mas conformado e apto ao mercado de trabalho. Com efeito, se trabalhando numa instituição penal, a mão de obra já existe e é muito mais barata. No sistema da exploração pelo capital, o lucro é o que realmente importa, não interessando se vem de uma fábrica, ou de uma prisão/fábrica. O relevante é a diminuição de qualquer custo para se ter um aumento no lucro. Bitencourt (2014) aponta como uma das causas do fracasso do sistema a pressão dos sindicatos contra o trabalho nas prisões, em razão de uma competição de mão de obra desleal.

Outro fator de destaque desse sistema era o rigoroso controle exercido, utilizando-se de técnicas e táticas militares. O medo dos castigos que podiam ser exagerados e cruéis era a base para o sistema já que mesmo com a aplicação de excessos se entendia que eram

necessários, pois, era em prol da recuperação do transgressor, conforme explicitou Bitencourt (2014).

O nosso Código Penal que é de 1940, mas em 1984 passou por uma reforma, na sua parte geral, em seu artigo 32 determina que as penas sejam: privativas de liberdade; restritiva de direitos e de multa. Em seguida, o artigo 33 trata das espécies das penas privativas de liberdade que são a reclusão e detenção.

Em verdade a única diferença entre as duas espécies, reclusão e detenção é em relação ao regime de cumprimento de pena, tendo em vista que na reclusão poderá o condenado iniciar o cumprimento da pena no regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto que na detenção o início de cumprimento se dá no regime semiaberto ou aberto, inexistindo qualquer distinção ontológica como ensinam Regis Prado, Érika Mendes e Gisele Mendes (2015, p. 461):

Não existe nenhuma distinção ontológica entre as modalidades da pena privativa de liberdade. De conseguinte, a diferença entre reclusão e detenção é meramente quantitativa, fundada basicamente na maior gravidade da primeira. Não se trata de diferença ontológica – referente ao ser categorial, isto é a sua natureza. Na verdade, não há qualquer diversidade estrutural de essência entre as duas espécies de pena privativa de liberdade. Ademais, a legislação penal brasileira, além de não oferecer outro critério de diferenciação que não seja o *quantum* da pena, apresenta inúmeras hipóteses de manifesta desproporção entre a pena privativa de liberdade abstratamente cominada e a gravidade do crime praticado.

Fazendo-se uma análise dos sistemas acima mencionados com as espécies da pena privativa de liberdade, talvez a única característica seja o modelo militar para administração das penitenciárias. Inexiste regime de isolamento celular, salvo, nos casos excepcionais e por um período de tempo pré-determinado, denominado regime disciplinar diferenciado, conhecido como RDD.

Com efeito, nem se teria condições de ter um isolamento celular nas unidades penitenciárias brasileiras, pois, em sua grande maioria estão superlotadas, com vários condenados dividindo a mesma cela. Ademais, exigir a lei do silêncio nestas realidades, também não é possível.

Contudo, merece destaque alguns pontos, como por exemplo, o fato de demonstrar à sociedade a “necessidade” da prisão. Para isso, utiliza-se a mídia punitivista e sensacionalista que também tem participação relevante no modelo de controle social denominado biopoder. Cria-se a figura do “inimigo” e este é vendido para a comunidade que, influenciada “compra” aquela ideia e acredita no modelo de prisão como

extremamente necessário. Por outro lado, a prisão continua a ser exercida como forma de controle de poder individual, portanto, ainda é necessária para que o capital continue a fazer, o que sempre fez, explorar a mão de obra do proletário, não permitindo que se torne proprietário, mas que permaneça dócil, domesticado, e apto para o mercado de trabalho.

A prisão, ou este modelo de segregação para o cumprimento de uma pena tem sido objeto de pesquisa e de discussão por muitos anos, contudo, continua lá, controlando, domesticando, produzindo, agora com um diferencial. Em muitas unidades o controle estatal se resume a manter os condenados em seus muros, contudo, não possui efetivo controle de suas atividades dentro da própria instituição penal, o que se torna um fenômeno interessante, pois, se o Estado não controla seus prisioneiros, eles mesmos fazem isso, ou seja, eles se controlam, criam as regras, realizam julgamentos, punem e formam novas massas criminosas. Portanto, atualmente, pode se afirmar que em muitos casos, são os próprios condenados que exercem certo nível de poder dentro das suas respectivas celas e que controlam, até mesmo, circunstâncias fáticas que ocorrem fora dos muros.

Por fim é importante salientar que de acordo com o já abordado princípio da individualização da pena, bem como pelo sistema de progressão de regime, mesmo o condenado que foi condenado ao cumprimento de uma pena no regime fechado, poderá, depois de determinado período de tempo, progredir para um regime menos rigoroso, como o semiaberto por exemplo. Ninguém cumpre no Brasil a totalidade de sua pena no regime fechado, de acordo com as normas de direito penal e execução penal dispostas na LEP.

Portanto, não interessa quanto tempo o condenado ficará preso, mais cedo ou mais tarde, voltará ao convívio social e certamente, todo o tratamento que lhe foi dado nesse período será levado em consideração doravante. Neste aspecto se vê a necessidade e a responsabilidade da forma de tratamento que o apenado recebe. Ademais, em relação às prisões provisórias ou cautelares, o tratamento dispensado é o mesmo, com as excepcionalidades legais, o que ainda é considerado muito mais grave, pois, se tira do acusado sua liberdade de locomoção, considerando-o inocente da imputação criminosa e o coloca no sistema de segregação cruel e medieval, conforme será mais bem discutido no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3 – A PRISÃO CAUTELAR E SEU ASPECTO COMO PENA PROCESSUAL ANTECIPADA

3.1 As medidas cautelares de natureza pessoal e seus fundamentos

Medidas cautelares são procedimentos de urgência que servem para atender uma necessidade emergencial, cuja demora pode causar um efeito danoso naquele que busca a tutela jurisdicional do Estado. Importa destacar que as prisões provisórias ou cautelares, àquelas decretadas antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, são consideradas medidas cautelares estatais de natureza excepcional.

Assim, se torna importante tratar de uma questão que vem sendo objeto de discussão e que acaba influenciando diretamente o processo que é a chamada teoria geral do processo, em razão do paralelismo entre o processo civil e o processo penal. Os dois institutos, dentro de suas linhas, são extremamente necessários, pois, forma é garantia. Contudo, as categorias do processo civil, nem sempre são adequadas ao processo penal conforme explica Lopes Jr. (2015, p. 69).

O problema maior está na relação com o processo civil. O processo penal, como a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela). A irmã favorita aqui, corporificada pelo processo civil, tem uma superioridade científica e dogmática inegável.

De fato, ao se analisar as categorias dos dois institutos, percebe-se principalmente que no processo civil se busca a tutela estatal para a solução de uma lide civil, de um negócio, cuja decisão não implicará numa segregação, com exceção da circunstância alimentar. Mas, o direito processual penal não está garantindo a eficácia para a solução de um conflito da vida civil, mas sim, da prática de uma conduta típica, ilícita e culpável que para a sociedade merece uma punição. Assim, os bens jurídicos que envolvem os dois

ramos são completamente diversos, de modo que nem sempre será possível importar do processo civil os seus conceitos, para aplica-lo ao processo penal.

No mesmo sentido, leciona Winfried Hassemer (2007, p. 114)

É chegado o momento de se delinear, pelo menos, algumas linhas gerais de uma teoria do processo penal, orientada pelo Estado de Direito, as quais permitem compreender suficientemente o princípio da “capacidade funcional da administração da justiça penal” pelo ângulo da dogmática processual e da política-criminal.

Por conseguinte são vários os institutos do processo civil que quando são aplicados ao processo penal não são adequados, como por exemplo, em se tratando do objeto aqui pesquisado, a prisão cautelar, como medida cautelar do Estado. Durante muito tempo se dizia que para garantir a prisão provisória era necessário o *fumus boni iures* e o *periculum in mora*. Com isso, se prendia antecipadamente com base na fumaça do bom direito e do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional estatal. Alguns autores como Norberto Avena (2015) ainda mantém o referido conceito.

O fundamento para tais medidas era o fato de que no processo civil, em se tratando da necessidade de uma tutela de urgência, estes requisitos seria a razão e o motivo para a concessão. Imaginemos uma pessoa com um plano de saúde e que necessita de um atendimento hospitalar imediato, pois, corre risco de morte. Ao dar entrada no hospital, o plano de saúde se recusa a pagar as despesas alegando que a situação específica não está coberta. Imediatamente, a justiça é acionada e o autor requerer uma medida cautelar, cuja fumaça do bom direito é comprovada pelo contrato com o plano de saúde, as parcelas mensais todas pagas e demais documentos que dão a princípio o *fumus boni iures* necessário à concessão da medida. Quanto ao perigo da demora, é fato que, caso o paciente não seja internado, irá morrer. Neste exemplo, fica clara a ideia de Piero Calamandrei quanto ao uso dos institutos, para uma vida civil. O Poder Judiciário concederia a urgência necessária para atender a satisfação do autor do processo garantindo assim o cumprimento de seu direito.

Contudo, quando se traz os mesmos fundamentos para o processo penal, em se tratando de prisões cautelares, não se adequam. É como se uma pessoa com grande porte físico e pesando 120 Kg quisesse usar uma roupa de outra pessoa com um porte físico franzino e pesando 70 kg. Com muita dificuldade a roupa entra, mas não serve. Não é adequada. A mesma situação em relação ao *fumus boni iures* e o *periculum in mora*. Como é possível prender alguém com base numa fumaça do bom direito, se em princípio, esta

pessoa perde a liberdade em razão do cometimento de um ilícito? Algo contrário ao direito e não ao bom direito. E quanto ao perigo, será que é o perigo da demora? Demora do Estado?

Com efeito, os fundamentos que devem ser aplicados, nos extremos casos de segregação antecipada não são o *fumus boni iures* e o *periculum in mora*, mas, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. A fumaça para garantir a prisão antecipada é a da possibilidade do cometimento da infração penal, enquanto que o perigo não pode ser o da demora, mas sim o da liberdade do acusado, que poderá continuar a cometer os crimes, se tornando um risco à sociedade e também ao processo.

Neste sentido, leciona Lopes Jr., (2013, p. 26):

Delimitado o objeto das medidas cautelares, é importante frisar nossa discordância em relação a doutrina tradicional, que ao analisar o requisito e o fundamento das medidas cautelares, identifica-os como *fumus boni iures* e o *periculum in mora*, seguindo assim as lições de CALAMANDREI em sua celebre obra *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. De destacar que o trabalho de CALAMANDREI é de excepcional qualidade e valia, mas não se podem transportar alguns de seus conceitos para o processo penal de forma imediata e impensada como tem sido feito.

Portanto, é necessário ao processo penal ter seus próprios institutos, pois, como ciência autônoma e independente deve trazer a sua realidade não as categorias do processo civil, mas sim, os próprios de sua espécie pela relevância que o tema traduz.

Igualmente não há que falar em *fumus boni iures e periculum in mora* para definir a necessidade de uma segregação cautelar, pois, não são compatíveis com os bens jurídicos existentes em matéria penal, podendo-se utilizar o *fumus comissi delicti e periculum libertatis*, uma vez que somente com a possibilidade do cometimento do crime e do risco do agente à sociedade, será possível retirar-lhe sua liberdade de maneira estritamente excepcional.

3.1.1 Condições legais às medidas cautelares: necessidade e adequação

O artigo que inaugura o Título IX do Código de Processo Penal, em seu capítulo I é o 282, que trata da aplicação das medidas cautelares:

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

- I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Este dispositivo legal visa orientar o magistrado em relação a sua utilização. Com isso, cada situação deve ser analisada, de acordo com as suas particularidades e os requisitos de necessidade e adequação da medida devem estar presentes, de modo que exista um critério de proporção entre eles e o fato concreto.

Segundo Norberto Avena (2015, p.929):

Quis o legislador, dessa forma, que tanto para a prisão como para as *demais medidas cautelares diversas da prisão* fossem observadas a necessidade e a adequação como critérios norteadores de sua aplicação. Tais elementos são impostos pela norma a título de princípios e devem nortear e fundamentar a decisão do Juiz sobre aplicar ou não as providências cautelares, bem como eleger qual delas se mostra cabível ao caso concreto.

Para o autor a necessidade se vincula com o risco existente no caso a ser analisado devendo ser observado os fundamentos da custódia preventiva do art. 312 do Código de Processo Penal. Em se tratando da adequação está relacionada com a prática do delito, em abstrato, bem como as condições subjetivas de quem está sendo acusado.

Lima (2012, p. 31) assevera que a adequação está ligada ao princípio da proporcionalidade:

O primeiro requisito intrínseco ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo é o da adequação, também denominado princípio da idoneidade ou conformidade. Por força da adequação, a medida restritiva será considerada adequada quando for apta a atingir o fim proposto. Não deve permitir, portanto, o ataque a um direito fundamental se o meio adotado não se mostrar apropriado à consecução do resultado pretendido.

Lima (2012) também sustenta que a necessidade figura como o segundo requisito da proporcionalidade, de modo que por se tratar de medidas que podem afetar diretamente direitos fundamentais, deve o Estado fazer a escolha pela medida menos grave.

Assim, se percebe que o magistrado antes de decretar qualquer medida cautelar, em especial às de natureza pessoal, deverá fazê-lo, consubstanciando-se nos requisitos da necessidade e adequação.

3.1.2 Prisões provisórias e seu aspecto como medida cautelar estatal

As prisões cautelares ou provisórias podem ser definidas como uma medida cautelar estatal de natureza excepcional, cuja forma se dá de maneira antecipada, através da segregação em que a pessoa presa em flagrante delito, ou em decorrência de uma decisão judicial, que deve ser fundamentada, perde o seu direito de locomoção antes mesmo de ter comprovada a sua culpabilidade, através de uma sentença penal transitada em julgado.

É tema das mais variadas discussões nos meios acadêmicos, profissionais e até mesmo sociais, pois, se antes no Brasil existiam milhões de “técnicos de futebol”, agora existem milhões de “criminólogos ou penalistas”, já que a mídia sensacionalista e punitivista vendem a violência e a criminalidade à sociedade, conforme afirmaram Khaled Jr. e Rosa (2015, p. 50): “Tendo punição aparentemente tudo volta ao normal, para deleite daqueles que consomem diariamente a violência discursiva produzida de forma industrial pelo que Zaffaroni chamou de criminologia midiática”.

Com efeito, dentro das garantias inseridas no texto constitucional, bem como na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, Pacto de San Jose da Costa Rica, não se deveria prender cautelarmente, a não ser em caráter extremamente excepcional, já que é considerada a medida mais grave, sem contar que o sistema de encarceramento brasileiro é conhecido por desrespeitar a dignidade da pessoa humana, sendo considerado por muitos como arcaico e medieval.

3.1.3 Conceito e Espécies de prisões cautelares ou provisórias

Parte da doutrina tem conceituado a prisão, no sentido jurídico, como sendo a privação da liberdade de locomoção, em estabelecimento próprio, para garantir o cumprimento de uma pena privativa de liberdade ou, excepcionalmente, em caráter cautelar, nos casos em que a lei determina.

Lima (2012, p. 67) lembra a origem da palavra prisão, provém do latim *presionae*, que vem de *prehensione*, que significa prender. E. Magalhães Noronha (2002, p. 195) afirma que a expressão prisão é uma fonte de confusões, pois, tanto pode designar a prisão pena como a prisão realizada antes do julgamento do processo criminal. Já Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 575) tratou do conceito de prisão como sendo a privação da liberdade, através do recolhimento e faz a distinção utilizando as codificações,

entendendo que o código penal trata da prisão decorrente de uma sentença condenatória, enquanto que o direito processual penal trata da prisão cautelar e provisória.

Destaca-se o conceito de prisão de Cirino dos Santos (2012, p. 267) ao fazer a ponte entre o instituto e sua relação de domínio e poder punitivo exercido pelo Estado para o controle da sociedade.

A prisão é o aparelho disciplinar exaustivo da sociedade capitalista, constituído para exercício do poder de punir mediante privação de liberdade, em que o tempo exprime a relação crime/punição: o *tempo* é o critério geral do valor de mercadoria na economia, assim como a medida de *retribuição equivalente* do crime no Direito. Portanto, esse dispositivo de poder disciplinar, funciona como aparelho *jurídico econômico*, que cobra a dívida do crime em tempo de liberdade suprimida, e como aparelho *técnico disciplinar*, programado para realizar a transformação individual do condenado.

O fato é que a prisão não deixa de ser uma forma de segregação, de privação da liberdade do ser humano, podendo ocorrer, na esfera penal, pelo cometimento, “em tese”, de uma conduta típica definida como crime ou delito, seja por uma circunstância flagrancial nos moldes do art. 302 do Código de Processo Penal, seja por uma ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judiciária, como no caso das prisões preventivas e temporárias, conforme determina o disposto no art. 283 do CPP:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

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

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

Portanto, independentemente do objetivo real das segregações cautelares, como forma de controle social e dominação ou simplesmente como medida de cautela estatal, se buscando evitar as práticas delitivas ou ainda relacionadas ao caráter de prevenção geral e especial, a prisão cautelar traz consequências tanto para quem está preso como para a sociedade.

3.1.3.1 Prisão em flagrante delito – Conceito e espécies

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 663) a palavra flagrante deriva do latim *flagrans, flagrantis*, significando que está queimando, que está ardendo, por isso, a expressão flagrante delito quer dizer que o crime está sendo cometido naquele momento.

Nestor Távora (2008, p. 481) conceitua prisão em flagrante como:

Flagrante é o delito que ainda “queima”, ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de autopreservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização, sendo que os posteriores atos de documentação ocorrerão normalmente na Delegacia de Polícia.

Com efeito, a prisão em flagrante delito ocorre no momento em que o crime ou delito está acontecendo, acaba de acontecer, existindo perseguição e também caso o autor do fato delituoso seja encontrado em situação fática que se possa presumir ter realmente cometido a infração penal. Por isso, parte da doutrina tradicional tem se referido ao flagrante como sendo a certeza visual do crime.

Lima (2012, p. 187) a define como sendo uma medida de autodefesa da sociedade, resultante da segregação cautelar daquele que é surpreendido nas hipóteses de flagrância e lembra a desnecessidade da ordem judicial.

Importante lição traz Lopes Júnior (2013, p. 50) que entende ser a prisão em flagrante delito, não uma modalidade de prisão cautelar, mas sim, precautelar, pois, em razão de sua precariedade não serve para garantir com eficácia o resultado do processo criminal.

Precisamente porque o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial. Com esse sistema, o legislador consagrou o caráter precautelar da prisão em flagrante. Como explica BANACLOCHE PALAO, o flagrante – ou *la deternción imputativa* – não é uma medida cautelar pessoal, mas sim

precautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas se destina a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não a verdadeira medida cautelar. Por isso, o autor afirma que é uma medida independente, frisando o caráter instrumental e ao mesmo tempo autônomo do flagrante.

A prisão em flagrante é de notória precariedade, pois, é lavrada fora da esfera judicial, possuindo natureza jurídica administrativa, podendo ser feita por qualquer do povo de maneira facultativa e pelas agentes policiais de maneira obrigatória.

No mesmo sentido leciona Norberto Avena (2015, p. 982):

Ora, se as modificações introduzidas pela citada Lei 12.403/11 suprimiram do flagrante o atributo de manter o agente sob custódia após o recebimento do auto de prisão pelo juiz, exigindo para tanto a sua conversão em prisão preventiva, resta conclusivo que tais mudanças afastaram, também, a possibilidade de ser a prisão em flagrante considerada uma *prisão cautelar*. Afinal, se houver a necessidade de tutelar a investigação ou o processo, é a prisão preventiva que deve ser decretada como resultado da conversão do flagrante. Por conseguinte, é a prisão preventiva que possui natureza cautelar e não a prisão em flagrante que, por anteceder à preventiva no regramento do art. 310, II, do CPP, assume a natureza de prisão precautelar.

Chemim (2015) lembra o fato de não ser mais necessário se homologar o flagrante como se fazia anteriormente e aborda a questão da insistência em se optar pela segregação cautelar:

A começar pela insistência de boa parte dos juízes de primeiro grau em continuar dizendo que “homologam” o flagrante. Sucede que depois da reforma do Código de Processo Penal de 2011, não se deve mais falar em “homologação” de flagrante. A prisão em flagrante deixou de ser medida cautelar. É, agora, uma medida pré-cautelar. Ou seja: nos termos da nova redação do art. 310, do C.P.P. ou se relaxa a prisão em flagrante, por ilegalidade; ou se concede a liberdade provisória, com ou sem alguma medida cautelar diversa da prisão; ou se decreta a prisão preventiva. Não existe mais razão em “homologar” o flagrante, pois esta era medida adotada para manter o sujeito preso em razão do próprio flagrante, o que não é mais possível com a nova lei. Mas essa é uma questão formal. No tema das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro, há outro modo de enfrentar a questão que vem se revelando como um problema e que precisa ser reavaliado: diante da prisão em flagrante de alguém, mesmo com a nova lei apresentando ao juiz um leque de nove opções de medidas cautelares diversas da prisão, muitos magistrados continuam pensando e optando, antes de tudo, pela manutenção do sujeito preso cautelarmente. Com isso, na prática, o que se vê é que neste tema muito pouco mudou com a nova lei.

Isto posto, se torna essencial verificar quais são as principais hipóteses de flagrantes no Brasil de acordo com o Código de Processo Penal, bem como pelo entendimento doutrinário.

3.1.3.1.1 Flagrante próprio, impróprio e presumido

O Código de Processo Penal traz em seu art. 302 quatro hipóteses em que ocorre a situação flagrancial no Brasil:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A doutrina denominou os dois primeiros incisos como flagrante próprio, o terceiro inciso como impróprio ou quase flagrante e o quarto como presumido. Importa salientar que nestes casos qualquer um poderá prender quem quer que esteja em flagrante delito, conforme prevê o art. 301 do diploma processual penal, sendo que inexistente obrigatoriedade por parte das pessoas, contudo, com relação às autoridades, existe uma obrigação para com o seu dever.

Norberto Avena (2015) afirma que em se tratando do flagrante próprio do inciso I (está cometendo a infração penal), caso haja interferências de terceiros, a figura do tipo penal poderá ocorrer na modalidade tentada, o que não acontece na hipótese do inciso II (acaba de cometê-la), pois, neste caso o crime se consumou. Quanto ao inciso III (é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração), o mesmo autor lembra que para caracterização desta hipótese é necessário que a perseguição se dê logo após a consumação ou dos atos executórios interrompidos. Igualmente, o inciso IV (é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração) é criticado pelo autor, pois, a legislação não definiu o que chamou de alcance temporal da expressão “logo depois”.

Importa destacar que o Código de Processo Penal no art. 290, parágrafo primeiro, incisos I e II, definiu o que é perseguição: § 1º - *Entender-se-á que o executor vai em*

perseguição do réu, quando: a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista; b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

Por fim, salienta-se que questões polêmicas envolvendo algumas hipóteses de flagrante, na prática, acabam sendo interpretadas pelas particularidades de cada caso, pelas teses criadas pela defesa ou acusação e com a palavra final dada pelos Tribunais.

3.1.3.1.2 Flagrante esperado e retardado

Flagrante esperado pode ser definido como aquele em que as autoridades policiais ou demais agentes da segurança pública, já tendo conhecimento, sejam por informações ou provas obtidas lícitamente da ocorrência do delito aguardam sua execução, sem interferir na prática, e efetuam a prisão. Este tipo de flagrante é considerado válido e lícito.

Neste sentido, assevera Lima (2012, p. 200):

Nessa espécie de flagrante, não há qualquer atividade de induzimento, instigação ou provocação. Valendo-se de investigação anterior, *sem a utilização de um agente provocador*, a autoridade policial ou terceiro limita-se a aguardar o momento do cometimento do delito para efetuar a prisão em flagrante, respondendo o agente pelo crime praticado na modalidade consumada, ou, a depender do caso, tentada. Tratando-se de flagrante legal, não há falar em relaxamento da prisão nos casos de flagrante esperado, funcionando a liberdade provisória com ou sem fiança como medida de contracautela.

Já o flagrante retardado é conceituado como sendo aquele em que a própria polícia resolve retardar a prisão em flagrante, com o objetivo de conseguir mais elementos de informação e provas em relação aos sujeitos ou a própria infração penal cometida.

Norberto Avena (2015, p. 1001) exemplifica:

Idêntica figura está prevista no art. 53, II, da Lei 11.343/06, possibilitando a “não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Com efeito, se constata que a prisão em flagrante delito só não é realizada, neste caso, pois, as autoridades policiais e seus agentes, como estratégia, a retardam para tentar obter maiores informações sobre a organização criminosa, por exemplo. Também é considerada lícita esta modalidade flagrancial.

3.1.3.1.3 Flagrantes considerados ilegais: Preparado e forjado

Excetuando-se os flagrantes legais a doutrina ainda traz alguns considerados ilícitos como na hipótese dos flagrantes preparado e forjado. No primeiro caso, também conhecido como flagrante provocado, o delito só é cometido porque existe a interferência direta da pessoa que efetuará a prisão estimulando e encorajando o agente criminoso. Por exemplo: o policial disfarçado saca vultosa quantia no banco e fica sentado no banco da praça, contando o dinheiro, provocando o agente para que cometa o roubo.

Norberto Avena (2015, p. 1000) corrobora:

Nesta hipótese, o flagrante não poderá ser homologado, pois, se trata de evidente hipótese de crime impossível, já que ao agente foram facilitadas as condições para que perpetrasse a infração, objetivando-se, deliberadamente, criar situação de flagrância. Dispõe a Súmula 145 do STF: “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Na segunda hipótese, ou seja, flagrante forjado, a circunstância é ainda mais grave, tendo em vista que a interferência da pessoa que prenderá o agente consistirá em criar a situação ilícita com o objetivo de “forjar”, “simular” o crime. Por exemplo: o policial aborda um veículo e não encontrando nada de ilícito, coloca uma porção de drogas, para incriminá-lo por tráfico de drogas.

Dessa maneira se verifica que para caracterizar os flagrantes preparados ou forjados, é necessário a interferência direta de quem efetuará a prisão, seja provocando o agente criminoso, seja forjando o crime, ou nas palavras de Norberto Avena (2015, p. 1001):

Flagrante forjado é aquele no qual o fato típico não foi praticado, sendo simulado pela autoridade ou pelo particular com o objetivo direto de incriminar falsamente alguém. Caracteriza-se pela absoluta ilegalidade e sujeita o responsável a responder pessoalmente por essa conduta – abuso de autoridade ou denúncia caluniosa -, conforme se trate ou não o

responsável pela simulação criminosa de autoridade no exercício das funções.

3.1.3.1.4 Procedimento posterior à lavratura do auto de prisão em flagrante

Após a prisão em flagrante ser devidamente lavrada pela autoridade policial, depois da colheita do depoimento das vítimas, condutor e testemunhas e também do próprio acusado, que poderá se reservar no direito de prestar seus esclarecimentos em juízo, não podendo sofrer nenhum tipo de represália em razão desse fato, possuindo o direito a ser acompanhado por advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como ter a sua prisão comunicada aos seus familiares e ter a sua integridade física e mental assegurada pelo Estado, sua prisão será comunicada ao Juiz de direito para que tome dentro do que estabelece a lei, as medidas que achar necessárias, dentro do que dispõe o art. 310 do Código de Processo Penal.

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

O art. 310 do Código de Processo Penal, portanto, determina o que deverá fazer o magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante delito, merecendo destaque o fato de que o agente não pode mais responder ao processo crime preso em flagrante delito.

Significa dizer que não sendo caso de obter a liberdade pelas hipóteses previstas em lei e se houver requerimento do Ministério Público quanto à necessidade da custódia cautelar, bem como entender o magistrado estar presentes os pressupostos, fundamentos e

requisitos da prisão preventiva fará a conversão do flagrante em preventiva mudando o *status* da prisão, inclusive o seu fundamento.

Importante mencionar a previsão da CADH e a recente resolução 213/2015¹ do Conselho Nacional de Justiça, que determina as regras para o exercício do direito do preso ser apresentado à autoridade judiciária, através da audiência de custódia, para decidir se é ou não necessária a sua segregação provisória, nos termos do art. 7.5 da Convenção. Este instituto será mais bem abordado no decorrer do capítulo.

3.1.3.2 Prisão preventiva

Pode-se afirmar que esta espécie de prisão é considerada a mais importante no Brasil, pois, seus pressupostos e requisitos servem para fundamentar a necessidade ou não da custódia cautelar. Com efeito, esta prevenção nasce da necessidade do Estado de encarcerar o investigado ou denunciado, através dos critérios legais, adequados ao caso em concreto. Trata-se de medida extrema, pois, aqui inexistente uma situação flagrancial, excetuando-se a conversão pelo magistrado da prisão em flagrante em preventiva, hipótese em que fará a análise dos requisitos e pressupostos da custódia preventiva necessária à conversão, bem como dos fundamentos das cautelares *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

Lima (2012, p. 247) a conceitua da seguinte forma:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações e processo criminal (nesta hipótese também poderá ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).

Rogério Sanches Cunha (2011, p. 148) ensina:

O art. 313 do CPP prevê as condições em que se admite a prisão preventiva (condições de admissibilidade), selecionando crimes que, por sua natureza, quantidade da pena máxima em abstrato, condições pessoais

¹<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>

do agente ou qualidades da vítima, são compatíveis com a custódia cautelar preventiva.

Assim, os requisitos e pressupostos para a conversão de uma prisão em flagrante em preventiva, bem como para o seu decreto, se encontram presentes no art. 312 do Código de Processo Penal, tal como nas condições de admissibilidade do art. 313 do mesmo diploma legal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

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

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

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

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

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

Pode-se afirmar que a essência da prisão preventiva são os artigos acima citados, pois, enquanto o art. 312 do CPP traz os requisitos da medida constritiva, que são: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, bem como os pressupostos que são a existência da prova do crime e os indícios suficientes de autoria, o art. 313 do CPP, menciona as condições de admissibilidade da medida. Note-se com relação aos pressupostos que não é necessária a prova para autoria delitiva, contudo a materialidade seja direta ou indireta deverá estar comprovada.

Sobre o assunto, leciona Sanguiné (2014, p. 125):

A questão da intensidade do “indício suficiente” para adotar a prisão provisória está vinculada estreitamente com o *sistema processual* escolhido. No *sistema processual inglês* de direito consuetudinário (*common Law*), que segue o modelo *acusatório*, normalmente um suspeito não pode ser acusado e detido preventivamente se não existir

contra ele provas suficientes para que o caso se encontre desde o primeiro momento bem fundado. Pelo contrário, no *sistema continental*, de caráter *inquisitivo*, a existência de tais provas no estágio inicial não aparece como indispensável. Uma informação capaz de convencer a autoridade judicial parece suficiente para a detenção de um suspeito. Em razão dessas divergências fundamentais entre os dois sistemas, os suspeitos são geralmente detidos muito mais tempo no continente Europeu que na Inglaterra ou nos outros países de *common Law*.

Com relação aos requisitos para a decretação da prisão preventiva do art. 312 do Código de Processo Penal, podemos conceituá-los da seguinte forma:

a) Garantia da ordem pública – Em que pese às críticas corretas por parte da doutrina quanto ao que vem ser este requisito, pois, como salienta Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 255) é extremamente vaga e indeterminada, tem-se entendido que este requisito coexiste com a gravidade da acusação, corroborado com o clamor da sociedade e o risco iminente do autor do crime em praticar novos delitos, ou seja, dentro do chamado *periculum libertatis*.

b) Garantia da ordem econômica – Instituído no Código de Processo Penal através da Lei nº 8.884/94, a chamada lei antitruste, o objetivo de tal requisito é garantir o livre comércio, evitando a formação de cartéis e também crimes que atentam contra a ordem econômica.

c) Conveniência da instrução criminal – O terceiro requisito é voltado à situação que o réu ou investigado estando em liberdade poderá coagir testemunhas, sumir documentos, atrapalhar na produção da prova, enfim, evita-se que haja uma espécie de tumulto na investigação ou processo que poderia por em risco a verdade real fática.

d) Aplicação da lei penal – Neste último requisito existe um temor por parte do Estado de não conseguir aplicar o seu *jus puniendi*, pois, nesta hipótese o réu ou investigado poderia se evadir para outra cidade, estado ou país e com isso ficaria impune da condenação eventual. Note-se que tal requisito chega a ofender o princípio constitucional da presunção de inocência, pois, se prende uma pessoa com medo que ela fuja e sequer se sabe se será a mesma condenada com sentença penal transitada em julgado.

Neste sentido afirma Fernando da Costa Tourinho Filho:

Na hipótese de prisão preventiva, a razão é óbvia: se há um processo contra o cidadão e se este está perturbando a ordem pública, a ordem econômica, ou está embaraçando a instrução criminal, criando, com seus atos, dificuldade ao Juiz para a colheita do material probatório, ou,

finalmente, está pretendendo subtrair-se à eventual aplicação da lei penal, a prisão provisória é necessária, para os fins do processo (2001, p. 457).

Por conseguinte, também é importante tratar do artigo 314 do CPP:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

De acordo com este dispositivo legal, não poderá a prisão preventiva ser decretada, quando evidentes as denominadas excludentes de ilicitude, constantes no Código Penal, pois, nestes casos o crime é considerado inexistente, pela falta de um de seus elementos, a antijuridicidade.

Também merece atenção os artigos 315 e 316 do CPP:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

No primeiro caso se refere o legislador a necessidade de se fundamentar e motivar qualquer decisão referente à prisão preventiva, cuja base constitucional, conforme se verificou no primeiro capítulo é o princípio da fundamentação das decisões existente no art. 93, IX da CF/88. Notadamente, por se tratar de direito fundamental da liberdade é necessário uma boa fundamentação sob pena de nulidade. Na segunda hipótese permitiu o legislador a discricionariedade necessária ao julgador, para decidir no caso em concreto a necessidade da manutenção da medida constritiva de liberdade, podendo a qualquer tempo revoga-la ou se entender necessário decretá-la novamente.

Vale a lição de Norberto Avena (2015, p. 1052):

Em verdade, o aspecto relativo à revogação das medidas pessoais de caráter pessoal é norteado pela cláusula *rebus sic stantibus*, que pode ser lida como: “enquanto as coisas estiverem assim”. Isto implica dizer que a decisão judicial que decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar diversa da prisão deverá ser reflexo da situação existente no momento em que proferida, persistindo o comando a ela inserido enquanto esse mesmo contexto fático se mantiver. Se o reverso ocorrer e desfizer-se o cenário que justificou a determinação das providências emergenciais, caberá ao

Poder Judiciário ordenar a respectiva revogação, restabelecendo a situação anterior.

Ressalta-se que a prisão preventiva se tornou tão importante em matéria de prisão no Brasil que o juiz ao proferir sua sentença penal deverá dar ou não ao condenado o direito de apelar em liberdade e para isso, utilizará os pressupostos e requisitos da medida extrema nos termos do art. 387, parágrafo 1º do CPP.

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

Há que salientar as críticas da custódia preventiva, tecidas por Ferrajoli (2014, p. 511):

Penso, ao contrário, que a mesma admissão em princípio da prisão *ante iudicium*, qualquer que seja o fim que se lhe queira associar, contradiz na raiz o princípio de submissão à jurisdição, que não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um *juízo*. Além disso, toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo. É um mísero paralogismo dizer que o cárcere preventivo não contradiz o princípio *nula poena sine iudicio* – ou seja, a submissão à jurisdição em seu sentido mais lato -, pois não se trata de uma pena, mas de outra coisa: medida cautelar, ou processual ou, seja como for, não penal.

Com essas considerações é possível afirmar que no Brasil, uma pessoa fica presa ou em liberdade de acordo com a interpretação que se dá ao caso analisado e de acordo com os conceitos, definições e regras da prisão preventiva, mesmo em se tratando de sentença penal condenatória, com direito ao duplo grau de jurisdição, presunção de inocência e análise recursal.

3.1.3.3 Prisão temporária

A prisão temporária se encontra normatizada na Lei 7.960/89, sendo regida pelo princípio da especialidade. Contudo, com o advento da Lei 12.403/11, que alterou vários

dispositivos processuais penais, relacionados a prisão, alguns aspectos merecem ser destacados.

Aury Lopes Jr. (2012, p. 876), entende ser possível a aplicação do art. 282 do Código de Processo Penal à prisão temporária nos requisitos de necessidade e adequação da medida constritiva de liberdade. Com efeito, a prisão temporária existe apenas para uma finalidade que é garantir a investigação preliminar, ou seja, é uma prisão que só pode ser utilizada na fase de inquérito policial.

A prisão temporária está prevista na Lei 7.960/89 e nasce logo após a promulgação da Constituição de 1988, atendendo à imensa pressão da polícia judiciária brasileira, que teria ficado “enfraquecida” no novo contexto constitucional diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para “averiguações” ou “identificação” de suspeitos.

O artigo primeiro da referida lei trata das três hipóteses de cabimento da prisão que são: quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes elencados na própria lei.

Neste sentido segue lição de Vicente Greco Filho:

As hipóteses, portanto, de prisão temporária devem ser interpretadas como de situações de cabimento e de presunções de necessidade da privação da liberdade, as quais, contudo, jamais serão de presunções absolutas. Cabe, pois, sempre, a visão das hipóteses legais, tendo em vista a necessidade de garantia da ordem pública, a necessidade para a instrução criminal ou a garantia de execução da pena. Dentro das hipóteses legais, essas hipóteses são presumidas, mas a prisão não se decretará nem se manterá se demonstrado que não existem. A nova figura de prisão provisória teve por finalidade reduzir os requisitos da preventiva, facilitando a prisão em determinadas situações, mas não pode, dentro de um sistema de garantias constitucionais do direito de liberdade, desvincular-se da necessidade de sua decretação (1999, p. 272).

Assim, a prisão temporária só poderá ser decretada em uma das situações acima transcritas e nos crimes constantes na lei, pois se trata de rol taxativo e não exemplificativo. O prazo da prisão elencado no art. 2º da lei é de cinco dias prorrogado por igual período, ou seja, uma única vez, através de decisão fundamentada e motivada do juiz de primeiro grau. Caso se trate de crimes hediondos ou equiparados o prazo da prisão

temporária se estende para 30 dias, prorrogável uma única vez, conforme constante no §4º do art. 2º da Lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos).

Ademais, por ser a única prisão que dispõe de um prazo predeterminado para sua manutenção, voltado à fase preliminar de investigação, no final desse prazo, caso a medida não seja efetivada como prisão preventiva, deverá o indiciado ser colocado em liberdade imediatamente, sob pena de sofrer constrangimento ilegal em seu direito de ir e vir, podendo ser impetrado ordem de habeas corpus, em seu favor por se tratar de coação ilegal e total agressão no seu direito de liberdade.

3.1.3.4 Prisão domiciliar

Importa afirmar, desde já, que este tipo de prisão tem forte ligação com o direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Vimos no primeiro capítulo à importância de se efetivar este princípio que representa um dever do Estado.

Com efeito, a prisão domiciliar existe, apenas, para casos restritos, em caráter excepcional e ocorre por questões humanitárias, nos termos dos artigos 317 e 318 do CPP:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Com a mudança legislativa ocorrida em 2011, através da Lei 12.403/11, os artigos 317 e 318, que sequer abordavam essa modalidade de prisão, passaram a tratar do chamado, recolhimento domiciliar. Note-se que o art. 317 prevê a possibilidade da custódia e adverte que só é possível, dela ausentar-se com autorização judicial. Já o art. 318 traz as hipóteses do cabimento, que se percebe são realmente necessárias. Ademais, não se trata de uma liberdade.

Lima (2012) ensina:

Levando em consideração certas situações especiais, de natureza humanitária, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar visa a tornar menos desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência. Para que ocorra essa substituição, que só pode ser determinada pela autoridade judiciária, deve se exigir prova idônea dos requisitos estabelecidos no art. 318 do CPP.

Por outro lado, o caráter desse tipo de segregação é precário e provisório, de modo que havendo descumprimento das regras impostas, poderá o magistrado revogar a custódia domiciliar e a prisão preventiva será novamente reestabelecida, nos termos do art. 282, parágrafo 4º do CPP.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

Dessarte vê-se que se trata de uma importante medida, em verdade um direito do acusado que poderá substituir a precariedade das cadeias e presídios, pelo lar, na companhia da família em casos excepcionais e predeterminados, podendo ser revisto a qualquer momento em caso de descumprimento.

Contudo, nos posicionamos no sentido de que em caso de descumprimento, antes que se retire do acusado o direito da custódia domiciliar, lhe dê a oportunidade, através de uma audiência de justificativa explicar suas razões, por ser medida de cautela já que são situações de exceção.

3.1.3.5 Prisões Cautelares e sua relação com o princípio da presunção de inocência

A prisão pena se diferencia da prisão provisória ou cautelar, pelo fato de já ter existido a acusação formal do órgão ministerial, agindo como *dominus litis*, através da denúncia, fase de instrução processual, onde foram produzidas as provas pelas partes com o pronunciamento final do magistrado, através de sua sentença, que entendeu estarem presentes a autoria e materialidade delitiva, condenando-o o réu ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime inicial fechado e sendo o réu agora

submetido às regras e direitos constantes na Lei 7.210/84, a Lei de execuções penais. Neste caso, se percebe que a prisão pena, em que pese não ser eterna, não é considerada cautelar ou provisória, pois, nasceu de uma sentença penal condenatória. É o próprio Estado efetivando o seu poder punitivo e executando a pena.

Ressalta-se que mesmo se o réu já se encontrava preso cautelarmente, nas hipóteses já mencionadas e ao ser sentenciado foi condenado a pena privativa de liberdade, sua prisão que era provisória, passa a ser penal, para que possa cumprir a determinação estatal. Contudo, o juiz deve, em sua decisão, fundamentar a necessidade da continuidade do encarceramento, tendo em vista que é direito do réu apelar da decisão, caso se sinta inconformado.

Ademais o réu deverá cumprir a prisão pena nas instituições penais adequadas que são as penitenciárias, entidades existentes para o cumprimento de uma pena, diferenciando-se das cadeias e presídios, pois, nestes os presos são provisórios ou cautelares, não tendo sido ainda condenados na ação penal que respondem. Portanto, a prisão pena decorre de uma sentença penal condenatória, enquanto que na prisão cautelar ou provisória, ainda inexistente sentença.

Como vimos, a prisão cautelar ou provisória é uma medida de cautela do Estado que pretende garantir a eficácia de seu poder punitivo, retirando do ser humano sua liberdade antecipadamente, antes da sentença penal ser proferida, ou até mesmo na própria fase de investigação preliminar, para assegurar a prova produzida ou a ser produzida, agindo preventivamente.

Tema que ainda gera discussão é o fato de se prender antecipadamente, mas considerar o acusado inocente em razão do princípio constitucional e convencional da presunção de inocência. Segundo Lopes Jr.(2015, p. 587) parafraseando Goldschmidt, se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é a posição de maior tensão entre eles e assevera:

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois, sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), tratando-se de prisões cautelares, é de maior relevância, pois, decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro. (LOPES JR., 2015, p. 587).

Importa destacar que existe posicionamento doutrinário afirmando ser inconstitucional a prisão provisória em razão do princípio da presunção de inocência, conforme destaca Sanguiné (2014, p. 183):

A prisão preventiva é uma medida grave que atenta cruelmente contra a liberdade do indivíduo e que, no âmbito dos princípios, resulta inconciliável com a presunção de inocência do imputado. Com a constitucionalização da presunção de inocência parece que não deveria ter sido admitido o instituto da prisão preventiva. Se a regra da presunção de inocência fosse aplicada estritamente em todo seu rigor verbal, em termos lógicos ou absolutos, nenhuma medida coercitiva, máxime a prisão provisória, estaria justificada, nomeadamente na fase de investigação e da instrução criminal, e poderia levar a proibição de antecipação de medidas de investigação, tornando inconstitucional a própria instrução criminal. A essa conclusão radical chega Ferrajoli ao sustentar a inconstitucionalidade do instituto da prisão *ante iudicium* por colidir com todos os princípios de um sistema garantista, notadamente com a *presunção de inocência* e o princípio da *jurisdicionalidade (nulla poena sine iudicio)*, cuja consequência seria um utópico “processo sem prisão preventiva”, através da *reabilitação das funções cognitivas* em relação às potestativas da jurisdição, para resolver a crise de legitimação do Poder Judiciário e para restituir aos juízes o papel, hoje descuidado, de garantidores dos direitos fundamentais do cidadão. A prisão cautelar seria ilegítima porque provoca a ineficácia de todas as demais garantias penais e processuais.

Há algum tempo o Supremo Tribunal Federal, quando provocado sobre a questão que versa sobre a presunção de inocência e prisão cautelar, vem decidindo no sentido de que não há ofensa, como se verifica através da decisão do STF – HC de nº. 71169/SP de 26/04/1994 – 1ª Turma, considerando que a prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Entendendo diversamente, leciona Ferrajoli (2014, p. 515)

Portanto, essa contradição nos termos que é a prisão sem sentença definitiva pode, pelo menos até o primeiro grau de jurisdição, ser suprimida. O imputado deve comparecer *livre* perante seus juízes, não só porque lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também – e diria acima de tudo – por *necessidade processual*: para que ele esteja em pé de igualdade com a acusação; para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar eficazmente sua defesa; para que a acusação não esteja em condições de trapacear no jogo, construindo acusações e deteriorando provas pelas suas costas.

Ademais, se for possível considerar, em algumas hipóteses, a prisão cautelar como verdadeira pena antecipada, o princípio da presunção de inocência também será atingido, pois, o artigo 5º, inciso, LVII da Constituição Federal de 1988 dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, só se perde a presunção de inocência após uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Sobre o princípio da presunção de inocência Ferrajoli (2014, p. 506) ensina:

Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da imunidade de algum culpado. “Basta ao corpo social que os culpados sejam *geralmente punidos*”, escreveu Lauzé di Peret, “pois, é seu maior interesse que todos os inocentes *sem exceção* sejam protegidos”.

Com isso, antecipando-se a pena do acusado através da prisão cautelar, o princípio da presunção de inocência não é aplicado, uma vez que a prisão que era para ser provisória assume na prática, um caráter de cumprimento de pena antecipada, como nos casos em que ao proferir a sentença penal condenatória de réu preso, o magistrado determina a sua liberdade, pois, já cumpriu a sua sanção.

3.2. Da excepcionalidade da prisão cautelar

Viu-se que a prisão provisória é considerada uma medida cautelar de natureza pessoal que visa retirar do ser humano a sua liberdade de locomoção, para garantir uma investigação preliminar, ou um processo criminal, antes de ser julgado e de ser proferida uma sentença penal condenatória, mediante alguns fundamentos, requisitos e pressupostos.

É necessário compreender porque é possível considerar a prisão cautelar como medida de exceção, entendendo alguns autores que só deve ser decretada como a *ultima ratio*, ou nas palavras de Luiz Flávio Gomes (2011, p.25):

A prisão cautelar é excepcional. Exige demonstração dessa excepcionalidade (pelo juiz). A prisão cautelar é a *extrema ratio da ultima ratio* (que é o direito penal). Só pode ser adotada em casos de extrema necessidade e quando incabíveis as medidas cautelares substitutivas ou alternativas (CPP, art. 319; veja ainda 282, §6º).

Pode-se afirmar ainda, que a liberdade de locomoção é considerada um dos direitos mais importantes inerentes ao ser humano, até mesmo pela sua história como leciona Sarlet (2015), aduzindo que ela, pelo seu valor, acaba figurando em vários pactos internacionais anteriores, inclusive, ao constitucionalismo, exemplificando com a Magna Carta inglesa de 1215.

Com relação a nossa Constituição Federal Sarlet (2015, p. 518) assevera:

De acordo com o art. 5º, XV, da CF, “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Tal dispositivo, a exemplo do que ocorreu nas Constituições anteriores, consagra, no plano do direito constitucional positivo brasileiro, uma das mais elementares e importantes liberdades individuais, que representa, além disso, uma manifestação essencial da liberdade geral assegurada pela Constituição Federal a qualquer pessoa (art. 5º, *caput*). A sua relevância para o exercício da liberdade pessoal (e para os demais direitos fundamentais) é de tal ordem que, mesmo se não houvesse disposição constitucional expressa que a garantisse como direito fundamental, a liberdade de ir e vir (como também é designada a liberdade de locomoção) estaria abarcada pelo âmbito de proteção do direito geral de liberdade, que, como visto no item respectivo, opera como cláusula geral e de abertura para o sistema das liberdades fundamentais.

Importa destacar que a excepcionalidade da prisão cautelar também pode ser tratada como o princípio da excepcionalidade consubstanciando-se no que determina o art. 282, parágrafo 6º do Código de Processo Penal: “§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

Note-se que a interpretação a ser feita pelo magistrado não é no sentido de verificar se é cabível ou não a medida cautelar restritiva da liberdade de locomoção, mas se é possível decretar uma medida alternativa a prisão, dentre aquelas dispostas no art. 319 do CPP, ou como assevera Wedy (2013): o princípio da excepcionalidade exige que a medida cautelar seja a *ultima ratio*, um verdadeiro remédio trágico.

Com efeito, se temos o direito à liberdade de locomoção como um direito fundamental, garantida pela Constituição Federal de 1988, bem como pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), que somos signatários, acaba se tornando elementar que qualquer medida legal, que a restrinja deva ser efetuada em caráter extremamente excepcional. Para tanto, o próprio legislador criou medidas paliativas para substituir a segregação cautelar, como se verificará a seguir:

3.2.1 Audiência de Custódia

Tema relativamente novo no Brasil, a chamada audiência de custódia vem causando polêmica, uma vez que a pessoa ao ser presa deve ser apresentada ao magistrado, para que este, na referida audiência determine a necessidade ou não de se manter o infrator segregado, de acordo com a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos em seu art. 7.5.

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

O Brasil é signatário do Pacto, tendo sido promulgada pelo Dec. 678, em 06 de novembro de 1992, portanto, devemos não só respeitar o conteúdo na referida norma, mas, também aplicá-la, já que inclusive tem se entendido que ela possui caráter infraconstitucional, mas supralegal.

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou recentemente a Resolução 213/2015², na qual determina a aplicabilidade da audiência de custódia em todo o território nacional, com a apresentação da pessoa presa à autoridade judiciária no prazo de 24 horas, conforme prevê o artigo primeiro:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Importa destacar que a apresentação da pessoa presa ter caráter pessoal, não suprimindo apenas a comunicação do auto de prisão em flagrante delito à autoridade judiciária, de acordo com o parágrafo primeiro do artigo primeiro da resolução:

§ 1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput.

²<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>

Sobre o tema, leciona Aury Lopes Jr.³ (2014, p.15)

A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, *sem demora*, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão. O expediente anota Carlos Weis, “aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência”. A mudança cultural é necessária para atender às exigências dos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também para atender, por via reflexa, a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5.º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5.º, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3.º, do CPP. Em relação a essa última garantia – contraditório – é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender a necessidade processual.

Com efeito, existe por parte de alguns magistrados, forte resistência quanto a este direito do ser humano preso em flagrante delito, de modo que recentemente foi ingressada no Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5448 proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages), contra a Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que regulamenta as audiências de custódia em todo o território nacional. O relator, Ministro Dias Toffoli negou seguimento a ação por entender que a associação não representa toda categoria de magistrados brasileiros, de modo que, como a resolução atinge todos os juízes, a associação não possui legitimidade ativa para o ingresso.

Dessarte se percebe com essas ações a objeção existente por alguns juízes, demonstrando a nossa cultura punitiva, em que se prende primeiro e se julga depois, o que explica, por exemplo, porque após a lei 12.403/11, que criou as medidas cautelares diversas da prisão provisória, não houve uma diminuição no número de presos, mas sim, um significativo aumento, conforme lembra Aury Lopes Jr. (2014, p. 12):

O (con)texto da prisão, no Brasil, é tão preocupante que sequer se registrou uma mudança efetiva na prática judicial após o advento da Lei 12.403/2011, (dita) responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como a *ultima ratio* das medidas cautelares. O art. 310 do CPP, alterado

³http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf

pelo diploma normativo citado, dispõe que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente relaxar a prisão, convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as demais medidas cautelares não constritivas de liberdade, ou conceder liberdade provisória. E o que verificamos na *prática*? Simples: que a lógica judicial permanece vinculada ao protagonismo da prisão, que a homologação do flagrante, longe de ser a exceção, figura como *regra* no sistema processual penal brasileiro. Prova disso é que não houve a tão esperada redução do número de presos cautelares após a reforma de 2011.

No entanto, realizar a audiência de custódia não é só uma atitude humana dentro do direito processual penal, mas funciona também como política criminal, pois, visa deixar presos apenas quem realmente é considerado um risco à sociedade, como medida extrema, excepcional e dentro de seus fundamentos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

3.2.2 As medidas cautelares diversas da prisão

Em 2011 entrou em vigor a lei 12.403/11 que tratou de reformular as regras sobre as prisões cautelares no Brasil e inseriu no art. 319 do CPP, as chamadas medidas cautelares diversas da prisão, trazendo esperanças aos que acreditam numa prisão cautelar como sendo a *ultima ratio* e não a *prima ratio*, dentro do que já se denominou de banalização da prisão cautelar no país.

Sanguiné (2014, p. 682) conceituou as medidas da seguinte forma:

As medidas cautelares diversas da prisão consistem em restrições ou obrigações impostas pelo juiz isolada ou cumulativamente, como *prima ratio* para evitar o aprisionamento, contra alguém imputado da prática de um crime, durante a fase de investigação policial ou no curso do processo penal com a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal, o êxito da investigação ou instrução criminal ou de evitar a reiteração delitiva.

Quanto à taxatividade ensina Norberto Avena (2015, p. 953):

As medidas cautelares diversas da prisão elencadas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal implicam restrições às garantias e liberdades individuais. Logo, deve-se considerar taxativo o rol apresentado naqueles dispositivos, sendo vedada a sua ampliação por critérios de interpretação extensiva.

Os últimos dados sobre a população carcerária divulgados em 2015 que se referem a 2014, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ revelam um aumento e um

crescimento assustador da população carcerária, onde houve um aumento de 400% nos últimos 20 anos, com mais 711 mil pessoas presas, cumprindo pena ou presos provisórios, fora os mandados de prisão em aberto, ou seja, que ainda não foram cumpridos. Os números ainda revelam um alto índice de reincidência já que, como se sabe, a segregação não atinge fim de ressocializar ou recuperar qualquer ser humano.

Segundo o CNJ (2015):

Atualmente, os mais de 700.000 presos que se encontram cumprindo penas no país em regime de encarceramento mais ou menos rígido fazem do Brasil o país com a terceira maior população prisional, em termos absolutos. E o modelo de encarceramento que praticamos, infelizmente, alimenta um ciclo de violências que se projeta para toda a sociedade, reforçado por uma ambiência degradante em estabelecimentos que pouco ou minimamente estimulam qualquer proposta de transformação daqueles que ali estão. O tratamento digno e com respeito de presos é indício da civilização de uma sociedade e o primeiro passo que se dá na tentativa de regenerar a vida daqueles que um dia haverão de estar entre nós.

Contexto – Dados de 2014 do Ministério da Justiça mostram que o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos. De acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, o número de presos sobe para 300.

Em junho de 2014, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do CNJ, fez um levantamento inédito ao incluir nesta estatística as pessoas em prisão domiciliar. Os dados apresentados revelam que a população carcerária brasileira é de 711.463 presos, o que coloca o Brasil na terceira posição mundial de maior população de presos. Ao mesmo tempo há um déficit de 354 mil vagas no sistema carcerário. Se se considerarem os mandados de prisão em aberto – 373.991 – a população carcerária saltaria para mais 1 milhão de pessoas.

Relatório divulgado pela Anistia Internacional em fevereiro de 2015 coloca o Brasil no topo dos países mais violentos do mundo. São pelo menos 130 homicídios por dia. O relatório aponta que a sensação de impunidade é um incentivador, já que 85% dos homicídios não são solucionados no Brasil, e cita como os principais fatores para a crise no Brasil a violência policial, registros de tortura e a falência do sistema prisional. A reincidência e as condições desumanas das unidades prisionais são também fatores preocupantes. Segundo a Anistia, sete em cada 10 presos voltam a praticar crimes.

Dentro dos presídios tornou-se rotineiro encontrar condições precárias e sub-humanas. Falta de espaço, de higiene, doenças em série, profissionais mal treinados e corrupção são constantes no sistema prisional brasileiro. A violência é, sobretudo, um dos grandes desafios dos gestores do setor. Os relatórios dos mutirões carcerários do CNJ são provas das condições indignas de sobrevivência nesses ambientes.

Ao se verificar dados como estes, se deveriam tratar a prisão, em especial, a cautelar como *ultima ratio* e não *prima ratio*, por todos os efeitos nefastos que a segregação antecipada traz para o ser humano. Para isso, é necessária a garantia de se respeitar e aplicar, devidamente as chamadas “regras do jogo”. Utilizar os princípios de direito fundamental inseridos na CF/88, as normas da CADH e a própria lei processual penal que trouxe em seu art. 319, medidas paliativas para dar ao magistrado a possibilidade de não se prender antecipadamente, salvo caso de extrema necessidade, são as denominadas medidas cautelares alternativas a prisão.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Essas medidas até então inseridas no Código de Processo Penal através da Lei 12.403/11, foram um marco em matéria processual penal na época, pois, se imaginava que não teríamos mais as prisões cautelares em situações banais, onde a pessoa poderia responder ao processo criminal com uma dessas medidas isoladas ou cumuladas já que a lei admite esta hipótese.

Contudo, se percebe que passados cerca de três anos da implantação dessas medidas que a população carcerária continua crescendo, aumentando, bem como a violência urbana, a reincidência delitiva, ou seja, por que este fenômeno vem ocorrendo? Será que não está se deixando de aplicar o disposto no art. 319 do CPP?

Com efeito, não produz eficácia qualquer norma legislativa se não se consegue sua devida aplicabilidade. É necessário que o órgão ministerial, por exemplo, em se tratando da ação penal pública entenda a necessidade de não se prender de forma banal, e não apenas tentar colocar todos os “criminosos” num depósito de ser humano. Também é necessário ao magistrado que analisa o pedido em face de investigação preliminar ou processo que também entenda a necessidade de se aplicar este dispositivo legal, pois, se os aplicadores da lei não a utilizar, não adianta, pois não vai surtir nenhum efeito e continuarão ocorrendo esses aumentos e dados nefastos divulgados.

Morais da Rosa e Khaled Jr., (2015, p. 75) abordam a questão:

Atingimos estarrecedores 700 mil presos. Definitivamente o encarceramento seletivo em massa é a realidade concreta das práticas punitivas brasileiras. Ainda que as causas desse fenômeno possam ser objeto de especulação, se a finalidade do sistema penal e em particular da pena é a produção de sofrimento e a imposição da dor – como apontou Nils Christie – poucos discordariam da constatação de que no Brasil chegamos ao estado de arte dos suplícios contemporâneos.

Desse modo, se não houver por parte dos aplicadores do direito o compromisso de aplicar as medidas alternativas diversas da prisão cautelar, inseridas no art. 319 do CPP, continuaremos a ter um alto índice de violência, reincidência e produção em massa de delinquentes.

3.2.3 Liberdade provisória

Importa destacar que o direito a liberdade é indispensável ao ser humano, independentemente da acusação que pesa contra si. Muitas vezes a própria sociedade, incluindo os mais leigos nos aspectos jurídicos ou mais rigorosos em matéria de punição, confunde liberdade com impunidade. Não se trata de impunidade, mas sim de um direito amplo, consagrado e conquistado com muito sacrifício, através das revoluções, em especial a Revolução Francesa de 14 de julho de 1789. Muitas vidas se perderam ao longo dos tempos para que hoje se possa usufruir tão importante direito. A garantia a liberdade não é para o “criminoso”, como a mídia sensacionalista e punitivista faz parecer, porque tem interesse em comercializar o crime, mas sim de toda a sociedade.

Não obstante, muitas vezes já se tentou tirá-la, mas o direito a liberdade acaba voltando, como aconteceu no famigerado art. 44 da Lei 11.343/06 que até poucos anos, proibia uma pessoa acusada de tráfico de drogas de obter a sua liberdade, não com base em

circunstância concreta de periculosidade, por exemplo, mas por mera disposição legal. Era triste ler aquelas decisões que negavam não a liberdade, mas o direito de pelo menos requerê-la, em razão de um simples artigo de uma lei que feria e maculava os preceitos constitucionais.

Ressalta-se que apenas no dia 10 de maio de 2012, por sete votos a três, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou ser possível a liberdade provisória aos crimes de tráfico de entorpecente, declarando a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei 11.343/06. As razões da decisão foram resumidas no informativo nº 665.

O direito a liberdade é um direito constitucional, bem como o direito de responder um processo criminal em liberdade também é. A CF/88 em seu art. 5º, LXVI dispõe: ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Neste sentido o direito a liberdade provisória pode ser interpretado como gênero, enquanto que a possibilidade com ou sem fiança sua espécie, conforme ensina Marcão (2014, p. 723):

Ao tratarmos do tema *liberdade provisória*, é preciso não confundir gênero com espécie. Liberdade provisória, em sentido amplo, é o gênero, do qual extraímos as espécies: 1º) liberdade provisória com fiança, e, 2º) liberdade provisória sem fiança. Não é outra interpretação que se extrai do art. 5º, LXVI, da CF, quando diz que: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Não foi por razão diversa, aliás, que a Lei 6.416/77, introduziu um parágrafo único no art. 310 do CPP. A ideia foi exatamente permitir a liberdade provisória sem fiança, para aqueles casos de crimes inafiançáveis.

Ademais, a inafiançabilidade não pode ser uma causa impeditiva para concessão da liberdade provisória, caso seja possível a sua concessão conforme ensina Pacelli (2012): “A inafiançabilidade não pode e não deve – considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal – constituir causa impeditiva da liberdade provisória”.

Importante destaque foi a manutenção do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, que confere ao magistrado a possibilidade de se conceder a liberdade provisória caso verifique que ocorreu as hipóteses excludentes de ilicitude ou antijuridicidade que são o estado de necessidade, a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Desta forma também é possível que se possa conceder a liberdade caso o juiz verifique que a princípio o agente cometeu o crime doloso contra a vida em legítima defesa, que caso venha a se confirmar exclui a próprio crime. Fica claro que existe neste dispositivo de lei específico um respeito maior ao princípio da presunção de inocência do acusado.

Também merece destaque a mudança em relação a fiança que até a vigência da Lei 12.403/11 se encontrava, praticamente, sem função. Contudo, com o advento da Lei a mesma teve nova roupagem ressurgindo com mais força, conforme leciona Luiz Flávio Gomes:

A fiança era a única medida cautelar substitutiva da prisão, prevista no CPP. Mas havia perdido muito de sua importância. É que o parágrafo único do art. 310 do CPP (acrescido pela Lei 6.416/77), estabelecia que o juiz devia conceder liberdade provisória ao preso em flagrante sempre que não estivessem presentes os motivos da prisão preventiva. A partir da inclusão do parágrafo único ao art. 310 do CPP, a fiança então perdeu utilidade prática. Setores da doutrina, sustentavam, inclusive a sua total inaplicabilidade, com o seguinte raciocínio: havendo motivos para a prisão preventiva não era cabível fiança; não havendo motivos para a prisão preventiva deveria o Juiz conceder liberdade provisória sem fiança, nos termos do mencionado parágrafo único do art. 310. Mas agora, com a alteração, mesmo que não estiverem presentes os motivos da prisão preventiva o juiz pode decretar a fiança, como medida cautelar *autônoma* diversa da prisão. A fiança, portanto, recobrou sua importância como medida cautelar no processo penal (GOMES, 2011, p. 191).

Ressalta-se que até mesmo quanto aos valores estipulados para o arbitramento da fiança, também sofreram significativa mudança de modo que podem alcançar até mesmo valores milionários, nos termos do art. 325 do CPP, podendo chegar ao limite máximo de 200 salários mínimos aumentados 1000 vezes, de acordo com o inciso III do parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal.

Quanto às hipóteses de não cabimento da fiança os artigos 323 e 324 do CPP tratam da matéria sendo que nesses casos não poderá a autoridade competente arbitrar um valor referente à fiança para vinculação do agente ao processo, contudo, nada impede que

mesmo em se tratando de um crime inafiançável, conceda o benefício na modalidade sem fiança.

Importante destaque merece o disposto no art. 350 do CPP, pois, se trata da possibilidade do magistrado conceder a liberdade provisória ao agente, sem a necessidade do recolhimento da fiança em razão da sua situação econômica. Com efeito, não seria justo que num caso que admitisse o arbitramento da fiança o agente permanecesse preso, por não possuir condições financeiras para efetuar o pagamento. Num país como o Brasil em que o direito penal acaba sendo seletivo e atinge uma população economicamente pobre, deixar presa pessoa apenas por este aspecto, não só seria injusto, mas também feriria os princípios fundamentais da CF/88. Portanto, não será pela situação financeira do agente que este ficará preso, caso não possua condições de efetuar o pagamento do valor do arbitramento da fiança.

3.2.4 Os limites da prisão provisória – proporcionalidade

Vimos que a prisão cautelar dentro das disposições constitucionais, convencionais e processuais penais deveria ser a *ultima ratio*, surgindo em extremas circunstâncias que não são atendidas pelas medidas cautelares alternativas a prisão. Pelo menos essa é a leitura que se faz do disposto no art. 282, § 6º, do CPP.

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

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Isto significa que não pode o magistrado analisar se cabe ou não a medida de prisão preventiva, por exemplo, mas sim, se cabe uma medida cautelar diversa da segregação antecipada, pois, dependendo inclusive de uma eventual condenação criminal o agente não ficaria preso, pois, teria o direito ao regime semiaberto. Contudo, é sabido que existem muitos casos que o agente fica preso cautelarmente durante toda a instrução do processo aguardando a sua sentença penal condenatória para ser solto, ao final, pela própria dosimetria da pena.

Uma questão que merece reflexão é por que manter preso cautelarmente uma pessoa que caso venha a ser condenada não cumprirá a pena presa? Não seria um

contrassenso já que quanto mais tempo se fica segregado, piores serão os efeitos da prisão neste agente?

Não parece ser adequado o decreto preventivo do acusado, quando a conduta narrada na denúncia não atinge ou ofende bens jurídicos relevantes, de modo que deverá ser reformada qualquer decisão que vá de encontro a medida extrema, pois, são conhecidos os efeitos nefastos do encarceramento, da segregação antecipada, não atingindo qualquer fim a não ser a destruição do próprio preso vivendo em condições sub humanas, correndo risco de morte, se potencializando, aprendendo e se tornando um criminoso ainda mais habilidoso. Desse modo dever-se-á observar a acusação constante na denúncia, bem como o bem jurídico atingido, as condições pessoais do agente e a real necessidade da prisão pelo crime praticado, levando-se em consideração os princípios da proporcionalidade e razoabilidade do caso em tela.

Neste sentido, colaciona-se uma decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Teori Zavascki, proferida em 07.10.2014:

Processo: HC 123863 RN

Relator: TEORI ZAVASCKI

Julgamento: 07.10.2014

Publicação: DJE 208 DIVULG 21.10.2014 PUBLIC 22.10.2014

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA DE FURTO SIMPLES (ART. 155 DO CP). PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MEDIDA CAUTELAR DESPROPORCIONAL. ÓBICE DO ART. 313, I, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA.

1. A frustração do ato citatório e o tempo de suspensão do processo, sob a perspectiva exposta no decreto de prisão, são fundamentos inidôneos para a custódia cautelar, porque tornam a apresentação do paciente em juízo uma condição resolutive do título prisional, finalidade para a qual não se presta a prisão preventiva estabelecida no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. A prisão cautelar revela-se desproporcional ao fato imputado na denúncia (= furto de um bebedouro de água), o qual, a toda evidência, é desprovido de lesividade a justificar a medida extrema. Com efeito, em caso de condenação, o regime de cumprimento de pena será, em tese, diverso do fechado, considerando a pena em abstrato prevista para o delito de furto (de um a quatro anos).

3. O art. 313, I, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei 12.403/2011) estabelece que será admitida a decretação da prisão preventiva: “I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos”, situação não verificada nos autos.

4. Ordem concedida.

DECISÃO:

A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem para revogar o decreto de prisão preventiva expedido nos autos da Ação Penal 0001559-

94.2004.4.05.8400, confirmando-se a liminar deferida, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. 2ª Turma, 07.10.2014.

A decisão colacionada considerou a desnecessidade da medida extrema, por uma acusação de furto, que sequer existiu violência ou grave ameaça à pessoa. Com isso, o princípio da proporcionalidade se revelou importante, pois, conforme destacou o Ministro, a prisão cautelar revela-se desproporcional ao fato imputado na denúncia.

Contudo, também merece destaque a situação que o Poder Judiciário vivencia em relação às prisões cautelares e a falta do uso dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Na decisão colacionada, foi o próprio órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro quem se manifestou, ou seja, o STF que deveria se ocupar dos casos de maior relevância teve que julgar a necessidade da prisão de um acusado de furto de um bebedouro, o que nos faz refletir outra situação.

Os juízes de primeiro grau e até mesmo os Tribunais de Justiça e os Tribunais Federais não analisam, muitas vezes, estes princípios e forçam a parte lesada a procurar sua resposta no STF, que deixa de analisar casos relevantes, já que é considerado o guardião da CF/88 para analisar crimes de furto, até mesmo de coisas de pequeno valor ou outros que não revelam ofensa grave a bens jurídicos importantes.

O problema é preocupante, pois, em razão da inobservância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade a pessoa fica segregada por meses ou até anos, sem sentença penal condenatória, aguardando um julgamento que certamente não irá ocorrer dentro dos prazos estabelecidos em lei, sem contar que as decisões dos pedidos de liberdade ou revogação da prisão cautelar são indeferidos, nas instâncias inferiores, sendo necessário, provocar as instâncias superiores como o STJ e até mesmo o STF, que acabam se ocupando de prisões que deveriam nas esferas inferiores já terem sido revogadas.

Sobre o princípio da proporcionalidade, afirma Wedy (2013, p. 74):

A garantia da proporcionalidade deve estabelecer os balizadores da atuação do magistrado na fixação da tutela cautelar pessoal. O difícil e quase insustentável equilíbrio entre os direitos individuais e o dever-dever de punir do Estado terá no princípio da proporcionalidade um importante alicerce. A gravidade do remédio trágico que é a prisão cautelar exige o exame equilibrado e ponderado acerca de sua proporcionalidade. O bem atingido pela prisão – a liberdade – merece ser devidamente sopesado, impedindo a desproporção que significa a adoção de cautelares pessoais quando não estiverem presentes os seus requisitos, fundamentos e pressupostos. Por conseguinte o julgador deve – além dos requisitos, fundamentos e condições legais já referidas – ponderar a

gravidade da prisão, seus efeitos estigmatizadores, a influência do transcurso do tempo para a coleta das provas e conseqüente ameaça a ampla defesa com a finalidade pretendida. A prisão processual penal, portanto, jamais poderá significar uma pena antecipada, pois, tal medida é incompatível com a presunção de inocência.

Com isso, é necessário que os julgadores se atentem aos tristes dados de crescimento de população carcerária em todo país, bem como o aumento da reincidência delitiva e violência urbana, pois, cada vez que se deixa alguém preso cautelarmente de maneira desproporcional nas “faculdades do crime” está se formando mais criminosos, com mais potencialidade, mais periculosidade e que certamente acaba sendo prejudicial a toda sociedade.

3.3 A prisão cautelar como pena processual antecipada

Viu-se que o direito penal material, objetivo pode ser concebido como um importante instrumento nas mãos do Estado para poder aplicar o seu poder punitivo. Esta aplicação se dá através do direito processual penal, que é o ramo do direito responsável pela determinação das normas processuais e procedimentais, assumindo o caráter garantidor, no sentido que forma é garantia.

Dessarte pode-se afirmar que o direito penal necessita do direito processual penal e vice-versa, mas, ambos devem servir à sociedade na medida de seus limites de atuação e respeitando os direitos e garantias fundamentais, ou nas palavras de Hassemer (2007, p. 117):

Tanto o Direito penal material quanto o direito processual penal devem assimilar como tarefa comum, cada um com seus próprios instrumentos e em suas áreas próprias de atuação, sendo esta a tarefa de toda a administração da justiça penal, os conflitos sociais mais difíceis e decorrentes dos desvios de comportamento de tal maneira que os direitos fundamentais de todos os envolvidos, inclusive os dos autores, sofram o mínimo de dano possível.

A prisão provisória como medida cautelar estatal restritiva da liberdade de locomoção, nos casos determinados em lei, geralmente, não é interpretada como uma espécie de prisão penal, pois, inexistente sentença penal condenatória transitada em julgado. A segregação cautelar não visa o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Contudo, para Luigi Ferrajoli (2014, p. 716) a prisão provisória possui duas funções efetivas, uma punitiva e outra processual:

A primeira função é aquela ligada à sua natureza de pena *antecipada*. Sob tal aspecto, a captura do imputado suspeito imediatamente após o fato representa, indubitavelmente a medida de defesa social mais eficaz: primeiro se pune, e, depois, se processa, ou melhor, se pune processando.

Merece destacar, ainda, o instituto da detração penal que desconta na pena do preso condenado os dias de prisão provisória. Com isso, é possível questionar se, através da detração penal, não é factível conceber a prisão cautelar como espécie de pena antecipada?

Com efeito, para a maioria da doutrina, a prisão cautelar é determinada dentro de critérios legais, de acordo com o ordenamento jurídico e possui como função garantir a eficácia da investigação preliminar ou a instrução do processo, sendo analisados os fundamentos das medidas cautelares, já abordados, *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

Para Norberto Avena (2015, p.968) ela não é punitiva:

A prisão provisória é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Não tem por objeto a punição do indivíduo, mas sim, impedir que venha ele a praticar novos delitos (relacionados ou não com aquele pelo qual está segregado) ou que sua conduta interfira na apuração dos fatos e na própria aplicação da sanção correspondente ao crime praticado.

Por outro lado, ainda que a posição majoritária da doutrina processual penal seja no sentido de que a prisão cautelar não possui natureza punitiva, como espécie de pena, é possível identificar, situações que possam torná-la, espécie de pena processual antecipada, como o excesso de prazo na prisão cautelar, erro judicial ou até mesmo a detração penal em se tratando de sentença penal condenatória. Neste interim é necessário abordar neste capítulo os institutos de direito penal e processual penal afim de que se possa verificar esta possibilidade.

3.3.1 Detração penal e sua relação com a pena

Detração penal é o nome do instituto de direito penal material, previsto no art. 42 do Código Penal que determina o desconto do tempo da prisão provisória do acusado na

execução da pena privativa de liberdade: “Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”.

Leciona Galvão (2013, p. 585):

Detração é a denominação que se dá ao instituto por meio do qual o tempo em que o condenado esteve preso provisoriamente, antes da sentença condenatória, deve ser descontado da execução da pena privativa de liberdade aplicada. O instituto também se aplica aos casos de medida de segurança, nos quais o tempo de internação deve ser considerado para se determinar o período mínimo de duração da medida, bem como da realização do exame de cessação da periculosidade (art. 97, §§1º e 2º). Com a detração, não se considera que a pena aplicada tenha sido menor, mas que o tempo de prisão cautelar foi computado como o de cumprimento de pena. (Galvão, 2013, p. 585).

Regis Prado (2015, p. 478) lembra que a prisão provisória que consta no artigo 42 é a prisão processual, sendo a que ocorre antes da sentença condenatória irrecorrível. Afirmar ainda que o termo prisão provisória possui acepção ampla, incluindo todas as medidas cautelares que restringem a liberdade do ser humano, como as espécies de prisões cautelares, citando a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e, também, a prisão decorrente de sentença de pronúncia e decisão condenatória recorrível.

Com efeito, se verifica que através da detração penal, todo tempo da prisão cautelar, seja flagrante, preventiva ou temporária é descontada da pena, em se tratando de sentença penal condenatória cuja pena é privativa de liberdade. Pode-se concluir que se o agente ficou preso preventivamente por 01 ano e ao ser condenado, conforme o art. 68 do Código Penal é determinado uma pena de 05 anos de reclusão, o tempo de 01 ano da prisão provisória será descontada da pena, restando cumprir 04 anos de prisão.

Portanto, neste caso é possível afirmar que o instituto da detração penal, trabalha o aspecto da prisão provisória como uma antecipação da pena a ser cumprida, pois, desconta o tempo da custódia cautelar da pena total, prolatada na sentença penal condenatória a ser cumprida.

Ademais, desde a vigência da Lei 12.736/2012, esse lapso temporal serve para fixar, inclusive, o regime inicial de cumprimento de pena, conforme assevera Bitencourt (2014, p. 635):

Através da *detração penal* permite-se descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação. Esse período anterior à sentença penal condenatória é tido como de pena ou medida de segurança efetivamente cumpridas. A partir da Lei n. 12.736/2012 esse lapso temporal também será computado para efeitos de *fixar o regime inicial de cumprimento de pena*, já na sentença condenatória. Consideramos, ademais, essa nova metodologia para fixar o regime inicial aplicável, analogicamente, ao cálculo da prescrição da pretensão punitiva, como demonstraremos adiante.

Com efeito, a prisão provisória é decretada como medida cautelar de restrição da liberdade, para garantir a investigação, o processo criminal ou a possível execução penal. Contudo, ao ser proferida a sentença penal condenatória, sendo uma pena privativa de liberdade, aquela mesma prisão provisória que foi fundamentada como medida cautelar de restrição da liberdade de locomoção passa a ser o início do cumprimento da pena, pois, todo período dela é descontado da sanção imposta pelo Estado.

Convém notar que a Lei 12.736/2012 ainda acresceu o § 2º ao art. 387 do Código de Processo Penal, que trata justamente da questão do regime inicial do cumprimento da pena o que, segundo Bitencourt, altera a questão da competência:

Por razões pragmáticas, a competência para deliberar sobre a detração penal sempre foi do *Juiz das Execuções Penais*, pois não se ignora o tempo que pode levar entre a sentença condenatória e o início da execução penal. Esse tempo todo, havendo prisão provisória, deverá ser descontado no início da execução propriamente dita. No entanto, essa competência mudou, passando ao *juiz a condenação*, por previsão constante do art. 1º da Lei n. 12.736/2012. Ademais, referido diploma legal acrescenta o § 2º ao art. 387 do Código de Processo Penal, no qual determina que “o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no Estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”. Assim, agora a competência para examinar, num primeiro momento, a detração penal é do juiz de conhecimento, isto é, daquele que sentencia o acusado. Em outros termos, por determinação legal, a pena final fixada na sentença já terá computado a detração penal, para todos os efeitos, inclusive para a prescrição, na nossa ótica.

Assim, se verifica que em primeiro lugar é o próprio magistrado prolator da sentença penal condenatória quem fará o desconto do tempo de prisão provisória para o tempo da prisão penal, o que evidencia que a prisão provisória, vista na ótica da detração penal pode ser considerada como o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, sendo utilizada para determinar, inclusive, o regime de cumprimento.

Por sua vez Cirino dos Santos (2008, p. 294) afirma ser possível a detração da pena na hipótese de uma pena privativa de liberdade empregada em um novo processo, caso tenha havido uma sentença penal absolutória no processo anterior em que o acusado, esteve preso provisoriamente. Ou seja, até mesmo no caso de um processo em que houve uma prisão cautelar, caso o seja o réu absolvido este tempo de prisão provisória poderá ser utilizado, segundo o autor, para descontar o tempo da pena. Nota-se mais uma evidência clara da prisão cautelar como pena antecipada em se tratando de detração penal.

Em sentido contrário leciona Regis Prado (2014, p. 480):

“Todavia, em uma segunda hipótese, se o réu, processado por dois crimes distintos, praticados em 2005 e 2007, tivesse cumprido prisão preventiva de três meses pelo primeiro (2005), no qual vem a ser absolvido, e ao depois é condenado a um ano de detenção em razão do delito cometido em 2007, aquele tempo de prisão provisória não poderá ser computado na pena. A razão do tratamento diferenciado é que, em se admitindo a detração no segundo exemplo, estar-se-ia estabelecendo uma espécie de “conta corrente” em favor do réu, que, absolvido no primeiro processo, ficaria com um “crédito” contra o Estado, a ser usado para a impunidade de posteriores infrações penais.

Em relação a este fato não se torna acertada manter um “crédito penal” para a possibilidade de se cometer um delito no futuro. Notadamente, caso tenha havido um erro judicial, ou uma confissão mediante tortura ou qualquer desrespeito ou violação quanto ao direito fundamental do acusado preso, que venha posteriormente ser absolvido, por exemplo, poderá através do direito civil, pleitear a reparação do dano que sofreu.

Com isso, analisando o instituto da detração penal, realizado não pelo juiz da execução penal, mas pelo próprio magistrado prolator da sentença penal condenatória é possível conceber, nesses casos, que a prisão provisória, em verdade, foi o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, portanto, uma pena antecipada.

3.3.2 A percepção relativa do tempo na prisão

A prisão pode ser explicada no sentido jurídico penal para demonstração do poder punitivo do Estado, sendo ela cautelar nas hipóteses já abordadas ou para o cumprimento de uma pena privativa de liberdade ou no sentido de controle social, para efetivar uma forma de dominação da sociedade com o discurso da prevenção geral ou especial ou ainda no combate à violência urbana e como forma de punir o agente que não se adequou as

normas de convivência social. Seja qual for a razão que fundamente a prisão, sempre que um ser humano é preso, ele não perde apenas o direito a liberdade, mas perde, também, o seu tempo.

Por conseguinte é diferente a forma como se percebe o tempo na prisão e fora dela. Com efeito, para Newton o tempo era absoluto e esta verdade prevaleceu até que Einstein e sua teoria da relatividade provasse o contrário, conforme assevera Lopes Jr. (2006, p.1):

Para iniciar, num proposital salto histórico, recordemos que para NEWTON o universo era previsível, um autômato, representado pela figura do relógio. Era a ideia do tempo absoluto e universal, independente do objeto e de seu observador, eis que considerado igual para todos e em todos os lugares. Existia um tempo cósmico em que Deus era o grande relojoeiro do universo. Tratava-se de uma visão determinista com a noção de um tempo linear, pois, para conhecermos o futuro, bastava dominar o presente. Com Einstein e a teoria da Relatividade, opera-se uma ruptura completa dessa racionalidade, como tempo sendo visto como algo relativo, variável, conforme a posição e o deslocamento do observador, pois ao lado do tempo objeto está o tempo subjetivo.

Desta forma, se percebeu que o tempo era relativo, logo, a mesma paisagem vista pelo piloto de avião, pelo motorista de um automóvel e pelo pedestre não seria a mesma. A percepção do tempo é diferente para cada pessoa, pois, conforme deixa claro Lopes Jr. (2006) para conseguir a verdade absoluta, seria necessário somar todas as observações relativas, pois, a relatividade é de acordo com a posição e a velocidade do observador. Por outro lado, também se determina essa relatividade de acordo com a condição mental do ser humano, conforme afirma o Lopes Jr., (2006, p.2):

O tempo é relativo à posição e velocidade do observador, mas também a determinados estados mentais do sujeito, como exterioriza EINSTEIN na clássica explicação que deu sobre relatividade à sua empregada: “quando um homem se senta ao lado de uma moça bonita, durante uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto. Deixe-o sentar-se sobre um fogão quente durante um minuto somente – e esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora. – isso é Relatividade”.

Com isso se percebe que não só as questões de observação e velocidade do observador são importantes para a teoria, mais também as condições mentais de percepção temporal. Assim, fica fácil entender porque temos a percepção de que o tempo passou rapidamente quando fazemos algo prazeroso e ao mesmo tempo temos a nítida impressão

de que o tempo não avançou, quando fazemos algo que não gostamos, mas estamos executando como uma obrigação por exemplo.

Notadamente quando se refere ao estado mental do sujeito segregado, preso e submetido à privação da sua liberdade, resta evidente que a percepção do tempo para ele, não pode ser a mesma de quem está em liberdade, pois, sua condição mental de percepção do tempo será diferida, em razão da falta da realização das tarefas do cotidiano.

Portanto, se pode concluir que a mesma 24 horas do dia é percebida de maneira diversa para quem se encontra segregado e para quem se encontra em liberdade, logo, quando as pessoas afirmam que um ano de prisão não é nada, não entendem que a percepção deste um ano foi muito pior para o preso que o percebeu de maneira diversa. Neste caso as pessoas levam em consideração o seu próprio “um ano” como referência para afirmar que um ano de prisão é pouco, por exemplo, pois, não leva em consideração a questão relativa do tempo.

Ademais, Lopes Jr. (2006, p. 5) lembra que a questão da temporalidade está relacionada ao poder que por sua vez é utilizado pelo direito penal e pelo processo penal:

A concepção do poder passa hoje pela temporalidade, na medida em que o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua própria temporalidade. O direito penal e o processo penal são as provas inequívocas de que o Estado-Penitência (usando a expressão de LOIC WACQANT) já tomou, ao longo da história, o corpo e a vida os bens e a dignidade do homem. Agora não havendo mais nada a retirar, apossa-se do tempo. (LOPES JR, 2006, p. 05).

Também sobre a percepção do tempo no direito, no processo penal e na prisão, vale a lição de Castilhos (2013, p. 116):

Em “A Capitalização do Tempo Social na Prisão”, Chies traz a ideia de que a prisão seria um “jogo de capitalização do tempo”, pois, o apenado joga com a lei, com uma espécie de área do conhecimento, ligado a impessoalidade e a técnica extremamente burocrática e bem operacional. Apenas ressalva-se que, em outra perspectiva, o apenado é o objeto desse jogo, por não ter condições de participar dele, confrontando-se com o Estado, com paridade de armas. O Estado coage e toma para si o tempo daquele que está sendo acusado do cometimento de um crime, e não do condenado em definitivo.

Por sua vez o processo crime é uma sequência de atos que avança no tempo, logo, temos como, por exemplo, no rito comum ordinário, após a fase de investigação

preliminar, oferecimento da denúncia ministerial, recebimento ou rejeição, citação, resposta à acusação, possibilidade de absolvição sumária, designação de audiência de instrução e julgamento, alegações finais que poderão ser feitas por memoriais escritos e finda com o pronunciamento final da autoridade judiciária, ou seja, prolação de sentença pelo juiz.

Todos estes atos ocorrem em determinado período de tempo linear e contínuo. Contudo, caso o denunciado esteja preso preventivamente e não tenha sido sua prisão revogada, terá que aguardar segregado, todas estas fases do processo até a prolação da decisão, onde se verificará sua culpa e se condenado a sua pena.

Imaginando-se que o processo criminal demorou exatamente, um ano para ser julgado e que este réu permaneceu preso durante esse período de tempo, este lapso temporal de prisão provisória, terá sido, como um bem, também retirado do réu juntamente com sua liberdade e sua dignidade, já que utilizamos o tempo para fazermos as coisas do nosso cotidiano. O direito penal e o processo penal utilizam este tempo do acusado ou condenado como moeda de troca, na persecução penal e conseqüentemente na punição.

Neste sentido, vale a lição de Cirino dos Santos (2012, p. 267):

A prisão é o aparelho disciplinar exaustivo da sociedade capitalista, constituído para o exercício do poder de punir mediante a privação da liberdade, em que o *tempo* exprime a relação crime/punição: o *tempo* é o critério geral do valor da mercadoria na economia, assim como a medida *retribuição equivalente* do crime no Direito. Portanto, esse dispositivo do poder disciplinar funciona como aparelho *jurídico econômico*, que cobra a dívida do crime em tempo de liberdade suprimida, e como aparelho *técnico disciplinar*, programado para realizar a transformação individual do condenado.

Assim, pode-se afirmar que o tempo é um bem, pois, é utilizado pelo Estado como um valor, retirado coercitivamente do acusado e que não poderá, mesmo em caso de absolvição lhe ser devolvido, pois, o tempo, só avança e não retroage, portanto, em se tratando de uma prisão cautelar a lesão ao acusado é ainda maior.

No mesmo sentido leciona Wedy (2013, p. 70)

Ou seja, o tempo, mais do que os pressupostos, os requisitos e a finalidade, é o grande motivador da manutenção da prisão. A manutenção da prisão se dá pelo transcurso do processo no tempo, durante o qual não houve nenhuma revisão ou reexame acerca dos fundamentos e requisitos da prisão cautelar.

Para Castilhos (2013, p. 94) é possível haver crise na concepção de tempo em relação à prisão preventiva:

Verifica-se a possibilidade de haver crise no pensamento moderno sobre a concepção do tempo e tenta-se descobrir se ela influencia a aplicação da prisão processual, mais precisamente, da prisão preventiva. Essa vem sendo empregada de forma a manter encarcerado o acusado por determinado tempo que ninguém sabe quanto é e que, por isso, sua duração deve ser avaliada como razoável, ou não caracterizando-se como inconstitucional, ou não, pelo excesso de tempo no transcurso da prisão preventiva.

A crise é evidente, pois, com a população carcerária aumentada demasiadamente, bem como a violência urbana, prisões e conseqüentemente processos criminais, é sabido que o Poder Judiciário não consegue julgar de maneira célere e efetiva, todos estes casos pelas razões conhecidas como a falta de estrutura, serventuários, magistrados, entre outros. Com isso, a pessoa presa “provisoriamente” dificilmente será julgada dentro de um prazo que se considera razoável. Neste momento poder-se-ia até se indagar: Mas neste caso a prisão não seria relaxada por se tornar ilegal? A resposta é afirmativa, contudo, é necessária a provocação do Poder Judiciário pela defesa, seja ela constituída ou pública.

Mas e quanto aos milhares de presos cautelares, que não possuem recursos financeiros para constituir um advogado particular? Sem desmerecer as doulas Defensorias Públicas do país, que dentro de suas limitações realizam um significativo trabalho, mas também por falta de estrutura, não vão conseguir atender o elevado número de presos, já que o direito penal é seletivo e acaba prendendo, na grande maioria pessoas com parcas ou inexistentes condições financeiras. Assim, resta evidenciado o problema da falta de condições de se atender o disposto na CF/88, bem como na CADH, sobre o direito do réu ser julgado dentro de um prazo razoável.

Chega-se ao absurdo, muitas vezes, do acusado preferir ser condenado, pois, conseguirá obter sua liberdade, em razão da acusação que pesa contra si, mas enquanto isso não ocorre, fica preso “provisoriamente” aguardando ser julgado.

Neste diapasão Castilhos se manifesta (2013, p. 96):

Chega-se a ter aplicações de prisão preventiva por longo tempo, pelo tempo, inclusive, da pena cominada em abstrato. Dessa forma, em caso de condenação, o apenado poderia cumprir um tempo determinado pela norma penal como máximo, o cumprimento à sentença definitiva, que lhe concederia, entre outros direitos a progressão de regime que o levaria ao semiaberto e a saídas temporárias. Mas ocorre que, preso

preventivamente, é possível que o acusado cumpra integralmente, em regime fechado, um tempo de pena sem ser condenado definitivamente, ou que, provavelmente, nunca o cumpriria dessa forma, em regime fechado, se fosse condenado à pena definitiva.

Portanto, quando se prega, principalmente pela mídia sensacionalista e punitivista, o discurso pernicioso e de ódio, voltado ao direito penal do inimigo, para atingir a solução da violência urbana, com a afirmação de aumento de pena para os crimes, ou poder se prender mais e por mais tempo, inclusive na prisão cautelar, não se entende que a pessoa presa perceberá o tempo de uma forma extremamente ruim, nefasta, desastrosa e abominável e diferida das pessoas que estão em liberdade, ou seja, também neste aspecto a prisão cautelar é cruel e acaba sendo uma antecipação da pena privativa de liberdade.

3.3.2.1 A razoabilidade na prisão cautelar - provisoriedade

Viu-se que o tempo é um bem de todo o ser humano e que o Estado o retira para poder aplicar o seu poder punitivo, seja para o cumprimento de uma pena ou para garantir a investigação preliminar ou o processo, em se tratando das prisões cautelares. Com efeito, nesta modalidade de segregação, até pela sua precariedade, dever-se-ia ter, o legislador, estipulado um tempo máximo para a duração da segregação provisória, levando-se em conta a CF/88, bem como a CADH.

De acordo com o disposto no art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88 todos têm o direito de ser julgados num prazo razoável: *Art. 5º. LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.* Também tratou do tema a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em seu art. 8º, 1 (CADH): *toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente (...).*

Para Lopes Jr. (2013, p. 37) a prisão cautelar está amparada pelo princípio da provisoriedade, portanto, sua duração deve ser pelo menor tempo possível para não se tornar uma pena antecipada e aduz:

Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois, em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está

previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis*.

Importante lição traz Wedy (2013, p. 69) sobre a inobservância da provisoriedade:

O traço mais cruel da inobservância do princípio da provisoriedade é a terrível relação existente entre tempo e prisão cautelar. Quanto mais tempo o sujeito passivo da prisão padece no cárcere, mais estigmatizado fica e maior é a influência desse estigma na psique do julgador. A prisão adquire, pela perpetuação, um caráter de pena antecipada, atuando de forma a aniquilar, na consciência do magistrado, a presunção de inocência.

Vale lembrar que ao decretar a custódia preventiva, ainda inexistente o contraditório e a ampla defesa, mesmo sendo decretada pelo magistrado que deverá fundamentar sua decisão, leva-se em conta a representação da autoridade policial ou o requerimento ministerial, dentro do sistema inquisitivo, característico da fase de investigação preliminar e com forte traço policialesco, como assevera Luigi Ferrajoli (2014, p. 716):

O traço inconfundivelmente policialesco do instituto – que foi demonstrado no parágrafo 38, com a incompatibilidade em relação a todas as garantias penais e processuais, e antes de toda a presunção de não culpabilidade – resta no caráter arbitrário, em todos os casos não cognitivo, mas potestativo de seus pressupostos. Pela sua natureza, de fato, não são passíveis de provas ou desmentidos nem “a gravidade” dos indícios de culpabilidade, tampouco as razões opinativas que possam fazer supor o “perigo” de fuga ou de turvação da prova ou de futuros delitos por parte do imputado. Este último motivo de captura, em particular é irremediavelmente policialesco e revela o caráter da medida de prevenção e de defesa social verdadeiramente assumido pela custódia cautelar.

Com isso vê-se que a custódia cautelar pode ser considerada uma forma mais violenta de segregação, uma vez que antecede toda a instrução probatória e na maioria das vezes, estando ausentes o contraditório e a ampla defesa. Por isso, deve perdurar, apenas, dentro do período razoável de tempo. Todavia a razoabilidade da duração da custódia cautelar inexistente, conforme já explanado, apenas na modalidade de prisão temporária existe um prazo máximo de duração.

Assim, cabe à interpretação ao caso em concreto para se analisar se aquela prisão cautelar está respeitando a razoabilidade ou não e em caso negativo, qual deve ser a consequência disso, o que será mais bem analisado no próximo tópico.

3.3.2.2 O excesso de prazo na prisão cautelar

Por ser a prisão provisória, medida cautelar estatal de restrição de liberdade, excepcional, não deve durar por tempo indeterminado. Por outro lado, nem mesmo com a reforma processual penal sobre as prisões através da Lei 12.403/11, se determinou um período temporal máximo para elas. Com efeito, excepcionando-se a prisão temporária, já abordada, nenhuma prisão cautelar possui um tempo pré-definido em lei.

Sobre o tema Lopes Jr. e Henrique Badaró (2006, p. 98) afirmam:

A nenhum legislador é dado fugir da exigência de limitar rigorosamente a duração da prisão cautelar. A exigência de uma precisa regulamentação do termo máximo da custódia preventiva já estava presente desde o direito romano imperial. A duração da prisão preventiva pode ser balizada por diferentes critérios. Há países que fixam o tempo máximo de prisão preventiva, outros são omissos. Há também sistemas que procuram suprir tal omissão pela soma do prazo para a prática de diversos atos procedimentais. Sobre todos esses sistemas, paira a regra do prazo razoável da prisão cautelar.

Em que pese os referidos autores levantarem essa problemática no ano de 2006, sua obra continua atual, pois, de lá para cá, nada mudou quanto ao estabelecimento de um prazo legal de duração máxima de uma custódia cautelar, que não seja a prisão temporária.

A Convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 7.5, trata desta determina:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal
(...)

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Analisando o disposto pela CADH, se verifica que o réu preso, não tem apenas o direito de ser julgado num prazo razoável, mas também de ser solto, sem prejuízo do prosseguimento do processo criminal. Note-se que a ideia é fazer valer o direito a liberdade e não o contrário.

Por conseguinte, pode-se afirmar que no Brasil, em se tratando da prisão cautelar, temos dois sistemas quanto a sua duração. Primeiro, o critério legal, em que o próprio legislador determina o prazo máximo de duração da medida restritiva, como no caso da prisão temporária (Lei 7.960/89) onde se limitou o prazo de 05 dias prorrogáveis, uma única vez, por igual período. Contudo, através da Lei 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos), a prisão temporária sofreu alteração quanto a sua duração, caso o delito seja hediondo ou equiparado, passando para 30 dias prorrogáveis, uma única vez. O segundo é o do somatório dos atos processuais para determinação do período máximo da medida cautelar, de acordo com a razoabilidade, por exemplo: no procedimento comum ordinário, temos 10 dias para conclusão do inquérito policial, 05 dias para o oferecimento da denúncia, 10 dias para o oferecimento da resposta a acusação, 60 dias para a designação de audiência uma de instrução e julgamento e caso não seja possível apresentar as alegações finais orais, 05 dias para este ato e mais 10 dias para o magistrado prolatar a sentença.

Assim, esses 100 dias podem ser utilizados para determinação de um período razoável de custódia cautelar, mas, envolve várias questões e também muitas variáveis, como por exemplo: a) número de réus presos no mesmo processo; b) número de testemunhas arroladas pela acusação e defesa; c) número de cartas precatórias ou rogatórias expedidas; d) perícias; e) outras provas requeridas; f) morosidade da justiça; g) morosidade da acusação; h) morosidade da defesa. Certamente, estes atos influenciarão para um julgamento célere ou lento do processo criminal. O problema desse sistema é a carga de subjetivismo interpretativo que é dado ao magistrado para decidir a ilegalidade ou não da prisão.

Neste sentido, Sanguiné (2014, p. 465) traz o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Em consequência, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a considerar que a duração prolongada e abusiva da prisão cautelar, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário, não derivada, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao imputado, implica em situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, afronta diversos princípios constitucionais: *a dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CF), *o devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CF) e *a razoável duração do processo* (art. 5º, LXXVIII, da CF; art. 7º.5, da CADH).

Todavia, o ideal era que houvesse, assim como na prisão temporária, um tempo estabelecido pelo legislador de duração máxima da medida cautelar restritiva de liberdade de locomoção, conforme leciona Lopes Jr. e Henrique Badaró (2006, p. 107):

Imprescindível, para eficácia do direito fundamental, que a lei preveja o prazo máximo de duração da prisão e imponha como consequência automática do excesso, a soltura do réu. Destaque-se: não basta a mera fixação de prazos, é imprescindível que seja imposta uma sanção pela demora processual que, no caso das prisões cautelares, deve ser a imediata soltura do réu preso, de forma automática, a exemplo do que já ocorre na prisão temporária prevista na Lei 7.960/89.

Ademais os tribunais superiores editam as súmulas que servem para orientar os julgadores que as aplicam, contudo, é necessário interpretá-las a luz do que determina os direitos fundamentais e as garantias constitucionais como salientado por Lopes Jr. e Henrique Badaró (2006), sendo necessário analisar a compatibilidade ou não de leis e jurisprudências anteriores, mas que continuam vigendo, como é o caso das súmulas 21, 52 e 64 do Superior Tribunal de Justiça⁴.

21. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

52. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

64. Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

Estas três súmulas do STJ tratam da mesma questão que é o excesso de prazo na prisão cautelar, destacando-se o fato de que a súmula 52, ainda utilizada, se refere a uma eventual lentidão do processo até o encerramento da instrução, ou seja, até a última testemunha de acusação prestar seu depoimento. Após esse fato, independentemente de quanto tempo se levar para apresentação de alegações finais ou sentença, não poderá ser alegado o excesso de prazo. Na mesma linha é a súmula 21 que trata dos crimes dolosos contra a vida e que após a sentença de pronúncia se inicia uma nova fase que trata do julgamento em plenário do Tribunal do Júri. Importa salientar que existem casos em que o réu depois de pronunciado, fica aguardando seu julgamento durante muito tempo e mesmo assim não pode ser considerado o excesso do prazo. Com efeito, é possível afirmar que as

⁴<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>

duas súmulas ferem o princípio do direito ao julgamento e conseqüentemente a liberdade num prazo razoável. Por fim, a súmula 64 se refere às atitudes da própria defesa no processo criminal, pois, caso tenha sido ela a responsável pela demora, não poderá alegar o excesso de prazo, já que contribuiu com ele.

Por conseguinte o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem se preocupado com o excesso da prisão cautelar e através de resoluções tenta uma solução, uma vez que o poder legislativo, quanto ao tema tratado, continua inerte.

Neste diapasão, Sanguiné (2014) afirma:

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – considerando o crescimento significativo de presos provisórios, a necessidade de aperfeiçoamento dos mecanismos de acompanhamento, prioritariamente eletrônicos, das prisões provisórias, verificação rigorosa de seus requisitos legais, de zelar pelo exato e imediato cumprimento dos direitos constitucionais e legais, bem como o excesso de prazo da prisão provisória-, aprovou a Resolução n. 66, de 27 de janeiro de 2009, que criou mecanismo importante de controle período das prisões cautelares com a finalidade de evitar a paralisação injustificada de processos de acusados presos. A exigência de controle do juiz sobre o tempo de prisão constitui providência que dá efetiva vigência ao princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e efetividade às novas normas reguladoras do tempo razoável de prisão provisória introduzidas pela minirreforma processual de 2008, ao fixar o prazo de 60 dias para o encerramento dos processos de rito comum ordinário (art. 400 do CPP) e de 90 dias para o encerramento da primeira fase do procedimento do júri (art. 412 do CPP).

Salienta-se ainda que em 2012, entrou em vigor a Lei 12.714/12⁵ que tratou da implantação de um sistema eletrônico de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança, de modo que com os esforços do CNJ tem se tentado soluções para o encarceramento cautelar que não respeita o direito ao julgamento no prazo razoável, contudo, mesmo assim o número de presos provisórios só aumentou e essa Resolução 66/2009, não supriu a necessária implantação legal de um prazo máximo para a custódia cautelar.

Por fim, em casos de excesso de prazo na prisão cautelar tem sido utilizada o habeas corpus, como forma de solucionar o problema, já que neste caso a prisão provisória se torna ilegal e o paciente fica constrangido sofrendo a denominada coação ilegal, ressaltando que não é necessário possuir capacidade postulatória para impetrar o remédio constitucional.

⁵http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12714.htm

3.3.3 O erro judicial – a prisão cautelar como pena antecipada

A falha faz parte da falibilidade humana, uma vez que todos acabam errando. Com a máquina estatal que administra a justiça, não é diferente, pois, composta por seres humanos o erro também se faz presente. Com efeito, em se tratando da justiça criminal, a situação se agrava, já que neste caso, o primeiro bem que o acusado perde é sua liberdade de locomoção e quando é posto na instituição penal, perde, também, o seu tempo.

Sobre o erro judicial, Carnelutti (2008, p. 53) afirmou:

Tudo isto quer dizer que sobre o problema da pena se insere o problema do erro judicial, do qual não se pode prescindir, se o instituto penal tem que ser realisticamente considerado. Fala-se em erro judicial com frequência, mas muito mais como uma exceção do que como uma regra na administração da justiça penal. Assim acontece porque quando se fala dele o costume é pensar em sua espécie macroscópica e positiva, que é a condenação do inocente. Mas, por pouco que o argumento chame nossa atenção, alguém se dará conta de que este mau, ou pelo menos ingênuo costume, deve ser abandonado.

O fato é que uma pessoa pode perder a sua liberdade em virtude de um erro. No direito processual penal, em se tratando de ação penal pública, a primeira fase é a da investigação preliminar e após o relatório da autoridade policial, o órgão ministerial analisará o inquérito policial para oferecimento ou não da denúncia. A fase de investigação preliminar tem como característica ser inquisitiva, ou seja, a administração da investigação fica a critério do delegado ou do Ministério Público quando tem interesse na investigação. Além disso, o contraditório e a ampla defesa, antes inexistente, agora são ínfimos através do advento da Lei 13.245/16, já tratada.

É possível que nesta fase preliminar ocorra o erro quanto à autoria delitiva, por exemplo, o que não é incomum, tendo em vista que se dá à prova testemunhal um alto valor, principalmente se for vítima do delito, mas, ela também é humana, logo também pode falhar. Ademais, existem pesquisas quanto às chamadas “falsas memórias” em que uma testemunha, ou mesmo vítima pode errar quanto à interpretação dada ao fato, conforme leciona Ávila (2013, p. 293):

Se a memória trabalha a partir de uma perspectiva de “representação aproximativa”, ou seja, quando recordamos de algo não obtemos uma reprodução exata, mas uma interpretação, uma nova versão reconstruída do original, a lembrança da testemunha acerca do fato delituoso não é capaz de reconstruí-lo da mesma forma como ocorreu na realidade. Giacomolli e Di Gesu afirmam que, para o processo, a possibilidade de

uma testemunha ou vítima fornecer um relato não verdadeiro, a partir da falsificação da recordação, compromete integralmente a confiabilidade do testemunho. Tendo em conta que não há nenhuma regra no processo penal que determine o valor que deve ser dado aos testemunhos, a credibilidade desse tipo de prova acaba dependendo do contexto probatório e do quanto persuadiu o juiz.

Ademais, pode existir espécie de erro diverso que se dá em relação as próprias práticas judiciárias, como a expedição de um mandado de prisão preventiva para alguém que não está sendo processado por exemplo, mas pode vir a ser preso e perder a sua liberdade.

Seja qual for à existência do erro, é possível, se buscar a tutela jurisdicional do Estado a fim de ver o seu direito satisfeito, através de um processo civil que objetiva uma indenização financeira como forma de compensar o erro advindo.

Neste sentido asseveram Lopes Jr. e Badaró (2006, p. 121):

Além disso, a questão frequentemente vem ligada ao processo penal é a condenação indevida. Assim, a CADH prevê o direito à indenização, mas em termos restritos: *“Toda pessoa tem direito a ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário”* (art. 10). Da mesma forma, a Constituição brasileira, em seu art. 5, inc. LXXV, estabelece que: *“O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”*. O Código de Processo Penal, ao tratar da revisão criminal, que pressupõe a existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, prevê a possibilidade de o interessado requerer ao tribunal o direito a uma indenização pelos prejuízos sofridos (art. 630).

Notadamente, parece aceitável o direito a reparação do dano pela esfera cível através do erro judiciário, quando o acusado ficou preso cautelarmente, aguardando uma decisão no processo criminal e tendo cumprido, em razão desta falha, uma pena por antecipação.

3.3.4 A prisão cautelar e sua relação com a finalidade da pena

Ao se tratar dos objetivos da pena viu-se que existem as teorias absolutas ou retributivas, relativas ou preventivas e unitárias ou ecléticas, sendo que para a teoria absoluta, vale a compensação, ou seja, uma forma de retribuir com a pena o mal praticado.

Para as teorias preventivas a preocupação gira em torno da prevenção especial e geral, sendo a primeira voltada ao agente que cometeu o crime e está cumprindo a penal, logo possui a experiência desagradável do encarceramento esperando que não volte a delinquir; a segunda, por sua vez, busca o desestímulo da prática criminosa, uma vez que se possui o conhecimento da possibilidade de ser condenado e cumprir uma pena, caso a infração venha a ser cometida.

Quanto à teoria unitária, eclética ou mista, tem por objeto incorporar as questões mais relevantes das teorias absolutas e relativas na criação de uma teoria única, pois, na absoluta se busca a retribuição através da punição, na relativa se busca a prevenção através da ressocialização.

Seja qual for a teoria, o fato é que ao analisar a prisão provisória, verificar-se-á que os mesmos objetivos se encontram presentes, pois, quando se prende em flagrante delito, ou preventivamente já está se punindo, tendo em vista que a privação da liberdade de locomoção, bem como a falta do tratamento digno ao ser humano no cárcere e ainda a percepção diferida do tempo, não deixa de ser um castigo pelo crime em que está sendo acusado de cometimento. Com efeito, neste caso, nem condenação existe, sendo a presunção de inocência, mas a prisão cautelar é espécie de punição, logo, tem caráter retributivo, ou seja, tem forte característica e influência de teoria absoluta.

Quanto a teoria relativa que se busca a prevenção, também é possível se identificar na prisão provisória, sua influência, pois, um dos requisitos da prisão preventiva elencados no art. 312 do Código de Processo Penal e que é o mais utilizado para o decreto de prisão é a própria garantia da ordem pública. Ou seja, se prende a pessoa como medida cautelar de prevenção estatal, pois, o mesmo é um risco à sociedade, servindo a sua prisão para que o mesmo conheça os efeitos e a sociedade também tenha ciência que poderá ser presa preventivamente para garantir a ordem social. Com isso, uma prisão provisória possui caráter de prevenção para evitar a prática do cometimento de infrações penais. Dessa maneira resta evidente que se a prisão provisória possui as características dos fins ou objetivos das penas nas teorias absolutas e relativas, também as possui na unitária, pois, ela nada mais é do que a junção das duas anteriores.

Merece destacar o fato de que a prisão provisória dentro do que se refere a legislação e seus fundamentos prega uma questão diversa de sua aplicabilidade, pois, se busca assegurar a investigação preliminar, o processo criminal quanto a sua instrução, bem como, de acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, para garantia da ordem pública, econômica, para a conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei

penal, desde que estejam presentes a prova da materialidade e os indícios de autoria e ainda se estiverem presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Atualmente se observa que há uma verdadeira banalização da prisão cautelar, sendo que mesmo com a possibilidade de se conceder uma medida cautelar diversa da prisão, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, ainda sim, se prende muito, trazendo o reflexo do aumento da população carcerária, ao ponto de como afirmou Lopes Jr. (2006, p. 54), primeiro se prende a pessoa para só depois se investigar, quando em verdade se deveria investigar em primeiro lugar e afirma:

Com razão FERRAJOLI afirma que a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando em caráter de prevenção geral e especial e de retribuição. Ademais, diz o autor, se fosse verdade que elas não tem natureza punitiva, deveriam ser cumpridas em instituições penais especiais, com suficientes comodidades (uma boa residência) e não como é hoje, em que o preso cautelar está em situação pior do que a do preso definitivo (pois não tem regime semi-aberto ou saídas temporárias). Na lição de CARNELUTTI, as exigências do processo penal são de tal natureza que induzem a colocar o imputado em uma situação absolutamente análoga ao do condenado. 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; não se esqueça 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, lhe 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 podem curar o enfermo, mas também pode ocasionar-lhe um mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia, e sobre tudo com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas ah se este abusa dela.

Note-se que é perfeitamente possível considerar a prisão provisória, nos moldes concebidos no Brasil, em alguns casos, como espécie de pena antecipada de caráter processual, já que sequer existe uma sentença penal condenatória transitada em julgado. O ser humano perde a sua liberdade, sem ao menos se ter a certeza da sua culpa, com o discurso que é para garantir a eficácia da investigação ou do processo, quando na verdade se pune antecipadamente utilizando-se a prisão provisória para impor o poder punitivo estatal como forma de controle social e de prevenção, sendo que se o denunciado vir a ser condenado lhe desconta o tempo de prisão provisória, na própria pena, ou ainda,

dependendo do tempo de segregação cautelar, nem será necessário, pois, já a terá cumprido em sua integralidade, além da prática dos erros judiciais.

Por conseguinte, a pena é a forma que o Estado utiliza para efetivar o seu controle social, através da coação, com o propósito de inibir as condutas indesejadas, conforme leciona Muñoz Conde (2005, p. 19):

O principal meio de coação jurídica é a pena, que serve para motivar comportamentos nos indivíduos e que é, além disso, elemento integrante da norma penal. A norma penal cumpre portanto, essa função motivadora que ressaltamos no início, ameaçando com pena a realização de determinados comportamentos considerados pela autoridade de uma sociedade como indesejáveis. Da mesma maneira que o pai castiga o filho pequeno quando se comporta mal, a fim de, mediante privação de carinho, forçar-lhe a reprimir aquele impulso cuja satisfação prejudica o filho e os demais, assim também a sociedade tem que acudir à pena para reforçar aquelas proibições cuja observância são absolutamente necessárias, para evitar, na medida do possível, a execução de ações que atacam a convivência social, para conferir tais proibições com ameaça de uma pena quando não são respeitadas em especial vigor que eleve na instância da consciência seu efeito inibidor.

A prisão cautelar age da mesma forma, reprimindo, agindo diretamente sobre aquele que está sendo acusado do cometimento da infração penal, demonstrando a insatisfação pela prática do comportamento humano, reprovável e indesejado, castigando e prevenindo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afirmar que um dos problemas mais graves existentes no direito processual penal é a questão das prisões cautelares ou provisórias. Essas medidas de segregação do ser humano são utilizadas pelo Estado para exercer o seu poder punitivo, controle social e também como forma de *cautela*, para assegurar uma investigação preliminar, ou o processo criminal. Contudo, o objetivo desta pesquisa foi verificar através da investigação científica se essas prisões cautelares podem assumir contorno de antecipação de uma pena.

Foi necessário tecer uma introdução em cada capítulo fazendo a ligação entre os temas abordados para que a pesquisa pudesse ser mais bem compreendida, dentro de seu objeto analisado, uma vez que trata de questões de direito constitucional, criminologia, direito penal e processo penal.

Por conseguinte, todo estudo científico passa por critérios de interpretação, análise, objetividade e até mesmo subjetivismo, pois, como seres humanos somos passíveis de toda espécie de influência nos pensamentos, de modo que nenhum conceito ou conclusão pode ser tido como verdade absoluta.

A par disso, a primeira conclusão encontrada é que as prisões nacionais, em geral, no seu aspecto físico e de infraestrutura não respeitam o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, dentro de seus conceitos trabalhados e analisados no primeiro capítulo, uma vez que as cadeias possuem celas superlotadas, alimentação precária, saúde deficiente com altos índices de contaminação de doenças infectocontagiosas, violência prisional entre outros fatos de conhecimento público e comum.

Com efeito, verificou-se que existem dois tipos de instituições penais no Brasil, as penitenciárias e as cadeias públicas ou presídios. As primeiras são para os réus que foram condenados a uma pena privativa de liberdade, ou seja, terão que cumprir uma pena de segregação e restrição da liberdade de locomoção. As segundas são para os presos considerados provisórios ou cautelares que, conforme se afirmou não possuem uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Merece destaque o fato de o Estado utilizar essas instituições penais, não somente para atingir as finalidades da pena em seu caráter de prevenção geral e especial, positiva e negativa, mas também como forma de controle da própria sociedade num exercício de manutenção de poder, através da punição.

Por outro lado, foi possível concluir que as prisões provisórias, como medidas cautelares estatais devem ser utilizadas, apenas em caráter excepcional de acordo com a Constituição Federal de 1988 e também a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como quando não for possível a sua substituição por uma medida cautelar diversa da prisão nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

A excepcionalidade da custódia cautelar ou preventiva se justifica pelo fato de que, na maioria das vezes, é decretada na fase de investigação preliminar, onde predomina o sistema inquisitivo, com participação mínima da defesa, que, inclusive, só obteve tal direito, através da recente Lei 13.245/16 que fora destacada na pesquisa. Outro relevante motivo é a abordagem do princípio constitucional da presunção de inocência, pois, mesmo com a orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de não existir ofensa em relação à prisão cautelar, quando a mesma passa a perdurar mais do que um tempo tido como razoável, a presunção da inocência também é atingida pelo excesso da custódia.

Mais uma prova da excepcionalidade da medida restritiva de liberdade antecipada é o fato de que respeitando a CADH, o CNJ, através da Resolução nº 213/2015, instituiu a audiência de custódia, onde toda pessoa presa em flagrante delito deverá ser apresentada, pessoalmente, à autoridade judiciária em 24 horas para a decisão sobre a necessidade ou não de se decretar uma prisão cautelar. Igualmente, deverá analisar a necessidade e adequação da medida, a imputação que pesa contra o acusado, bem como os outros critérios legais trabalhados e explanados na pesquisa. Dessa maneira, somente ficará preso se não for possível, a substituição da prisão por uma medida cautelar diversa dentre as elencadas no CPP, em seu art. 319.

Convém notar a necessária excepcionalidade da medida de prisão cautelar devendo ser utilizada, em casos extremos e sendo a *ultima ratio*, já que foi possível aferir a

gravidade da custódia preventiva para o ser humano, que além da sua liberdade perde também o seu tempo. Vimos que o tempo é considerado um bem, uma moeda de troca que o preso faz com o Estado, contudo, o tempo é relativo, variando de acordo com a posição do observador e do objeto, além de ser percebido diferentemente, pelo estado mental da pessoa. Assim, 24 horas para a pessoa presa não foi igual às mesmas 24 horas para a pessoa em liberdade, pela questão da relatividade temporal.

Por outro lado, medidas alternativas de custódia cautelar já haviam sido tomadas anteriormente, como por exemplo, as medidas diversas da prisão preventiva, através da Lei 12.403/11, mas, ao invés de ter diminuída a população carcerária aumentou, conforme se verificou com os dados importados do CNJ, inclusive os presos provisórios.

Assim, com mais de 700 mil presos, sendo 40% provisórios e com o aumento gradativo da violência urbana no país e reincidência, será que a manutenção desses presos cautelares seria mesmo necessária? Ao analisar as teorias que tratam da finalidade da pena, vimos que tanto as absolutas, as relativas e as mistas, trazem em seus objetos, as questões de punição, prevenção geral e especial. Quando o Estado aplica uma pena privativa de liberdade ele então está punindo o agente delinquente, o está prevenindo para que no futuro ele não volte a delinquir e está dando uma resposta à sociedade para que ela saiba que houve uma punição naquele caso e já sirva também para que ela, através das pessoas que a compõe tenha conhecimento que também poderá sofrer a punição caso não se adeque as regras legais de controle e disciplina social.

Porém em se tratando de prisões cautelares, vimos que os fundamentos são outros, como o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, bem como os critérios legais inseridos no Código de Processo Penal, portanto, a fundamentação legal da prisão cautelar difere do fundamento da prisão para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Mas, ao estudar o instituto da detração penal, foi possível verificar que em caso de condenação, todo o período de prisão provisória do réu deverá ser contabilizado, não pelo juiz da execução penal, mas pelo prolator da sentença penal condenatória de modo que essa informação é utilizada até mesmo para a escolha do regime de cumprimento de pena, portanto, em se tratando de um réu condenado e que esteve ou está preso preventivamente, sua custódia cautelar foi, através da detração penal, uma pena por antecipação.

Igualmente através do princípio constitucional e convencional do direito de ser julgado dentro de um prazo razoável, também aplicado na prisão cautelar, bem como a proporcionalidade, aferiu-se a possibilidade de existir outra hipótese de prisão provisória como pena antecipada, neste caso, referindo-se ao excesso de prazo na custódia preventiva.

Dessarte, se uma pessoa perde sua liberdade de maneira precária e permanece presa por um período de tempo que não é considerado razoável, desde que não tenha, pela sua defesa dado causa a morosidade, a prisão se torna ilegal, pois, ela passa a cumprir uma pena antecipada. Da mesma maneira, uma pessoa que ao ser condenada não cumpriu a pena em regime fechado, mas esperou o julgamento em segregação cautelar, pelo princípio da proporcionalidade, também cumpriu pena antecipada de caráter processual.

A questão do erro judicial na prisão cautelar também pode ser tido como uma espécie de pena antecipada, ainda mais grave do que nas demais hipóteses, pois, neste caso verificou-se que a segregação cautelar só ocorreu por uma falha do Poder Judiciário, passível, de reparação do dano pelo juízo cível.

Assim, é possível afirmar que a prisão cautelar como medida excepcional, deve ser utilizada em casos graves, relevantes, específicos, com o respeito necessário as garantias constitucionais e convencionais, em especial a dignidade da pessoa humana e presunção da inocência, caso não seja possível sua substituição legal por medidas diversas. Todavia, caso a custódia cautelar seja realmente necessária e adequada, pelos fundamentos próprios, só poderá ser considerada como pena antecipada de caráter processual nas seguintes hipóteses: a) em caso de condenação criminal a pena privativa de liberdade, analisando sobre a ótica da detração penal; b) se o réu ficar preso por mais tempo do que determina o princípio da razoabilidade, onde a prisão se torna ilegal; c) pela imputação ou condição subjetiva, o réu não cumpre pena em regime fechado, em caso de condenação, pelo princípio da proporcionalidade; d) por erro judicial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 7 ed. –Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. organizador. **Fraturas do sistema penal. Processo Penal, Falsas Memórias e Entrevista Cognitiva: Da redução de danos à redução de dor**. Porto Alegre: Sulina, 2013

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência municipal. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11^a edição. 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3 ed. 2.^a tiragem, CL EDIJUR – leme/SP – ed 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 20 ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira; revisão técnica de Gilson Cesar Cardoso. 4ª ed, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BREGA FILHO, Wladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

CASTILHOS, Tiago Oliveira de. **Prisão Cautelar e Prazo Razoável**. Curitiba: Juruá, 2013.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal e Controle Social**. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Cidadania nos presídios. Disponível em: <www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. **O que são e para que servem as alternativas penais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79804-o-que-sao-e-para-que-servem-as>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 6 ed. Roma: Laterza, 2000; Revista dos Tribunais, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 27ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2003.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal Parte Geral**. 5.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Marques, Ivan Luís. Bianchini, Alice. Cunha, Rogério Sanches. Maciel, Silvio. **Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral: volume I: introdução**, 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2006.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 7 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

GUIMARÃES, Rodrigo Chemim. **Medidas Cautelares Diversas da Prisão versus Prisão Preventiva: a influência negativa do “livre convencimento” e a necessidade de mudar também a cabeça do intérprete**. In: Gazeta do Povo. Publicado em: 26 out. 2015. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rodrigo-chemim-guimaraes/medidas-cautelares-diversas-da-prisao-versus-prisao-preventiva-a-influencia-negativa-do-livre-convencimento-e-a-necessidade-de-mudar-tambem-a-cabeca-do-interprete-4ermolro3q1mqq4x31y6gfxkl>. Acesso em: 22 nov. 2015.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal liberatório**; tradução de Regina Greve; Coordenação e supervisão Luiz Moreira. – Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, LDA, 2007.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3 ed. Salvador: JusPodium, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. 4 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2013.

_____. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury; Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo, Saraiva, 2014.

MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. 2 ed. 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. Tomo IV.5. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal: Parte Geral**, 38ª ed., São Paulo, Saraiva, v.1, 2004.

PACELLI, Eugenio. **Curso de processo penal**. 16 ed. São Paulo: atlas, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PRADO, Luiz Regis, Carvalho, Érika Mendes de, Carvalho, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 14. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da; Khaled Jr, Salah. **In dubio pro hell I, profanando o sistema penal**. 2 ed. Florianópolis. Empório do Direito, 2015.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SANCHES, Rogério Cunha. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Salvador, Jus Podium, 2013.

SANGUINE, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, José Eduardo Lourenço. **A Discriminação racial na internet e o Direito Penal**. O preconceito sob a Ótica Criminal e a Legitimidade da Incriminação. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. Ed. Curitiba. ICPC; Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal-Parte Geral**. 2 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. ampl, incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais – São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual penal**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

TEDESCO, Miguel Wedy. **Eficiência e Prisões Cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, Vol.1**. 34 ed. ver. e de acordo com a Lei 12.403/20122, São Paulo: Saraiva, 2012.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. Vol I, parte geral. 10 ed. rev. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. vol I, parte geral. 10 ed. rev. , atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.