

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE EDUCAÇÃO

CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Henrique Teogenes Lopes da Silva

**Direitos Fundamentais e Medidas Cautelares: Uma análise sobre a Aplicação
da Prisão Preventiva no Brasil**

Porto Alegre

2024/1

Henrique Teogenes Lopes da Silva

**Direitos Fundamentais e Medidas Cautelares: Uma análise sobre a Aplicação
da Prisão Preventiva no Brasil**

Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr.: Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2024/1

Henrique Teogenes Lopes da Silva

**Direitos Fundamentais e Medidas Cautelares: Uma análise sobre a Aplicação
da Prisão Preventiva no Brasil**

Porto Alegre, 19 de agosto de 2024.

Banca Examinadora:

Prof. Mauro Fonseca Andrade, Dr.

Orientador

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Marcus Vinícius Aguiar Macedo, Dr.

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Odone Sanguiné, Dr.

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Dedico este trabalho a Deus e a Jesus Cristo, fonte suprema de sabedoria, força e inspiração.

À minha amada esposa, Raphaela Roberta Alves da Silva, pelo amor, paciência e apoio incondicional ao longo desta jornada acadêmica. Sua presença foi essencial para cada conquista.

Ao meu querido filho, Henry Alves Lopes, cuja alegria e inocência são uma constante motivação para eu buscar sempre o melhor.

À minha mãe, Edilene Araujo Lopes, em memória. Seu amor e dedicação continuam a me guiar e inspirar, mesmo após sua partida. Este trabalho é, em grande parte, fruto dos valores e ensinamentos que você me transmitiu.

A todos vocês, minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por Sua infinita graça, sabedoria e força, que me sustentaram ao longo de toda esta jornada acadêmica. Sem a fé e a orientação divina, nada disso seria possível.

Ao meu orientador, expresso minha profunda gratidão pela orientação, paciência e dedicação ao longo deste trabalho. Suas valiosas contribuições e incentivos foram essenciais para o desenvolvimento deste TCC. Agradeço por acreditar em mim e no meu potencial.

Aos professores do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, meu sincero agradecimento por todo o conhecimento compartilhado, pelo suporte e pelas experiências enriquecedoras ao longo dos anos. Cada um de vocês contribuiu de maneira significativa para minha formação acadêmica e pessoal.

Por fim, agradeço a todos que, direta ou indiretamente, apoiaram e incentivaram minha trajetória acadêmica. Este trabalho é fruto de um esforço coletivo e de muita dedicação.

RESUMO

Este estudo investigou a aplicação da prisão preventiva no Brasil, focando nos direitos fundamentais dos acusados à luz da legislação atual e da interpretação dos tribunais. Utilizando uma abordagem relacionada à revisão bibliográfica e a algumas decisões judiciais, o trabalho examinou de que maneira a prisão preventiva é aplicada, enfatizando a importância das medidas cautelares diversas da prisão para assegurar a efetividade do processo penal sem comprometer a liberdade dos indivíduos. Conclui-se que a reforma incorporada pela Lei nº 12.403/2011 representou um marco significativo ao ampliar as opções disponíveis para os juízes e ao fortalecer princípios constitucionais essenciais, como a presunção de inocência e a dignidade humana, dentro do sistema de justiça criminal brasileiro. Essas medidas cautelares não apenas promovem um equilíbrio necessário entre a proteção da sociedade e dos direitos individuais, mas também refletem uma evolução positiva na maneira em que o direito processual penal é aplicado no país, contribuindo para um sistema que indique mais justiça e humanidade no processo. Ao explorar as implicações práticas e teóricas da prisão preventiva, este estudo destaca a relevância de uma abordagem cuidadosa e fundamentada na decisão judicial, endossando que a privação da liberdade seja utilizada apenas quando estritamente necessária e proporcional aos objetivos do processo penal. Assim, busca-se não apenas fortalecer o sistema judiciário, mas também preservar a integridade dos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos, essenciais para a constituição de uma sociedade mais justa e equitativa.

Palavras-chave: Prisão preventiva 1. Medidas cautelares 2. Direitos fundamentais 3.

ABSTRACT

This study investigated the impact of the application of pretrial detention in Brazil, focusing on the individual rights of defendants in light of current legislation and the interpretation of courts. Using a literature review approach and some judicial decisions, the work examined how pretrial detention is applied, emphasizing the importance of precautionary measures other than imprisonment to ensure the effectiveness of criminal proceedings without compromising the freedom of individuals. It is concluded that the reform incorporated by Law No. 12,403/2011 represented a significant milestone in expanding the options available to judges and strengthening essential constitutional principles, such as the presumption of innocence and human dignity, within the Brazilian criminal justice system. These precautionary measures not only promote a necessary balance between the protection of society and individual rights, but also reflect a positive evolution in the way criminal procedural law is applied in the country, contributing to a system that indicates greater justice and humanity in the process. By exploring the practical and theoretical implications of pretrial detention, this study highlights the importance of a careful and informed approach to judicial decision-making, endorsing that deprivation of liberty should be used only when strictly necessary and proportionate to the objectives of the criminal process. In this way, it seeks not only to strengthen the judicial system, but also to preserve the integrity of the fundamental rights of the individuals involved, which are essential for the establishment of a more just and equitable society.

Keywords: Preventive detention 1. Precautionary measures 2. Individual rights 3.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – População prisional provisória no Brasil segundo semestre de 2023

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – População prisional provisória no Brasil segundo semestre de 2023

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

CPP – Código de Processo Penal

CP – Código Penal

DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

HC – Habeas Corpus

HIV – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

RELIPEN – Relatório de Informações Penais

SENAPPEN – Secretaria Nacional de Políticas Penais

MP - Ministério Público

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO PREVENTIVA	15
2.1 PRISÃO PREVENTIVA NO PASSADO.....	15
2.2 CONCEITO.....	27
3. MEDIDAS CAUTELARES E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	31
3.1 MEDIDAS CAUTELARES NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	31
3.2 ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES - PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL.....	32
3.3 PRISÃO TEMPORÁRIA, PREVENTIVA E EM FLAGRANTE.....	32
3.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	36
3.5 EXAME DA LEGISLAÇÃO VIGENTE.....	38
3.6 A PRISÃO PREVENTIVA NA LEGISLAÇÃO ESPARSA.....	39
3.7 INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DA PRISÃO PREVENTIVA E ANÁLISE DE SUA APLICAÇÃO.....	40
4. CRITÉRIOS E FUNDAMENTOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E OS IMPACTOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	45
4.1 REQUISITOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA: PERICULUM LIBERTATIS.....	45
4.2 DA CONTEMPORANEIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA.....	46
4.3 REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS.....	47
4.4 IMPACTO DA PRISÃO PREVENTIVA SOBRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS.....	49
4.5 SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA.....	52
4.6 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.....	56
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS.....	63

1. INTRODUÇÃO

A temática dos direitos fundamentais e das medidas cautelares, com especial enfoque na prisão preventiva, constitui um campo de estudo de elevada relevância no direito processual penal contemporâneo. A prisão preventiva, enquanto medida cautelar extrema, visa a assegurar a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal. Todavia, sua utilização deve ser cuidadosamente balanceada com a preservação dos direitos fundamentais dos acusados, notadamente o direito à liberdade e a presunção de inocência. Esta análise, intitulada "Direitos fundamentais e medidas cautelares: uma análise sobre a aplicação da prisão preventiva no Brasil", propõe-se a analisar a aplicação da prisão preventiva no contexto jurídico brasileiro, à luz dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal de 1988 e pelos tratados internacionais de direitos humanos.

Ao abordar o tema, esta monografia visa incluir de forma compreensível um contexto histórico ligado às prisões desde a antiguidade, passando pelo seu conceito atual, de acordo com doutrinadores renomados, os direitos fundamentais, as medidas cautelares e a legislação vigente e as esparsas, os critérios e os fundamentos para a decretação da prisão preventiva, a superlotação carcerária e as medidas cautelares diversas da prisão.

A prisão preventiva, na figura de medida cautelar, é uma resposta estatal à necessidade de proteger a sociedade de comportamentos potencialmente lesivos, garantir a correta instrução do processo penal e evitar a fuga do acusado. Contudo, sua aplicação deve ser vista como uma medida excepcional, empregada somente quando outras alternativas menos gravosas não forem suficientes para alcançar esses objetivos. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, assegura o direito à liberdade e estabelece que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal. Dessa forma, a decretação da prisão preventiva exige uma fundamentação robusta e criteriosa, que justifique a privação da liberdade à luz dos princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade.

O sistema de justiça criminal brasileiro, ao longo dos anos, tem sido alvo de críticas quanto à aplicação desproporcional e, por vezes, arbitrária da prisão preventiva. Estudos e levantamentos empíricos demonstram que uma parcela significativa da população do sistema prisional é composta por presos provisórios, ou seja, indivíduos que, até este momento, não foram condenados definitivamente e que, portanto, deveriam ser presumidos inocentes. Essa realidade evidencia um descompasso entre a prática judicial e os princípios que são considerados constitucionais, sugerindo a exigência de uma análise mais aprofundada e de uma reflexão crítica sobre as causas e consequências desse fenômeno.

A justificativa para a escolha deste tema reside na necessidade de uma análise crítica e aprofundada sobre a maneira como os tribunais brasileiros interpretam e aplicam a prisão preventiva. Há uma evidente tensão entre o mérito de proteger a sociedade de comportamentos potencialmente perigosos e o imperativo de resguardar os direitos fundamentais dos acusados, que devem de toda maneira, serem presumidos inocentes até prova em contrário. Esta análise busca esclarecer se os critérios utilizados pelos magistrados na decretação da prisão preventiva são consistentes com os princípios constitucionais e os padrões internacionais de direitos humanos fundamentais.

A utilização excessiva da prisão preventiva viola não só os direitos individuais, mas também agrava problemas estruturais do sistema penitenciário brasileiro, como a superlotação e as condições desumanas de encarceramento. Essas condições adversas comprometem a dignidade humana dos presos que são considerados provisórios, potencializando os efeitos negativos da privação antecipada da liberdade. Ademais, a estigmatização social decorrente da prisão preventiva tem a capacidade de impactar profundamente a vida dos acusados e de suas famílias, perpetuando ciclos de marginalização e exclusão social.

Além dos aspectos sociais e jurídicos, a questão da prisão preventiva também possui uma dimensão econômica relevante. Manter presos provisórios gera custos significativos para o Estado e isso é algo que deve ser considerado na gestão dos recursos públicos. Nesse sentido, a adoção de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, como o monitoramento eletrônico, a prisão domiciliar e a fiança,

pode representar uma solução mais eficiente e menos onerosa, desde que aplicadas de maneira adequada e criteriosa.

Este estudo busca, portanto, analisar a aplicação da prisão preventiva no Brasil, examinando a conformidade das práticas judiciais com os preceitos constitucionais e os padrões internacionais de direitos humanos. Acertadamente a pesquisa se propõe a analisar decisões judiciais, identificar os critérios utilizados pelos magistrados na decretação da prisão preventiva e avaliar o impacto dessa medida sobre os direitos fundamentais dos acusados.

Além disso, foram examinados dados estatísticos sobre a população carcerária brasileira, com foco na proporção de presos provisórios, com o propósito de oferecer uma perspectiva quantitativa sobre a prática da prisão preventiva no país. Este levantamento de campo incluiu a coleta de informações junto a instituições como o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Por fim, a metodologia adotada visou proporcionar uma análise detalhada da conformidade das práticas judiciais com os preceitos constitucionais e os padrões internacionais de direitos humanos.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva, uma medida cautelar privativa de liberdade, tem suas raízes históricas na necessidade de assegurar a presença do acusado durante o processo penal, evitar a fuga e garantir a ordem pública. Sua evolução acompanha as transformações das sociedades, passando de um instrumento arbitrário e frequentemente abusivo, utilizado sem critérios claros, para uma medida mais regulamentada e balizada por princípios constitucionais e direitos humanos.

No contexto moderno, a prisão preventiva tornou-se um tema central nos debates sobre garantias processuais e a proteção dos direitos individuais, sendo gradualmente delimitada por normas que visam evitar seu uso excessivo e indevido. A análise histórica dessa evolução nos permitirá entender como as mudanças nas concepções de justiça e liberdade influenciaram a aplicação e os limites dessa medida ao longo do tempo.

2.1 A PRISÃO PREVENTIVA NO PASSADO

O entendimento da evolução histórica a respeito da prisão preventiva no Brasil nos permite uma maior compreensão e aprofundamento do tema, pois, isso nos trará uma consciência situacional do conteúdo abordado, fazendo com que seja demonstrada a relevância, destacando as mudanças e continuidades em nossa sociedade no que refere-se a prisão preventiva, bem como a influência de tal instituto e sua sistemática no contexto da Legislação atual, especificamente o CPP e a CF.

Quando falamos de prisão, a ideia central nos moldes da antiguidade é a de que o local destinado a tal objetivo é uma experiência dolorosa e ácida, porém que comporta em si uma extrema necessidade de sua aplicação, em virtude do convívio social. Há que se falar em um mal necessário quando é possível citar o tema. Desde os primórdios até a nossa contemporaneidade, a sociedade, por intermédio de seus representantes legais, labuta na necessidade efetiva de uma reforma necessária desse contexto para um possível aperfeiçoamento. Ao abordar a temática,

Bitencourt¹ segue no entendimento de que é necessário uma maior atenção às penas privativas de liberdade. Observe:

“A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições insolúveis. O Projeto Alternativo alemão orientou-se nesse sentido ao afirmar que “a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”². Por conhecermos bem as críticas que o encarceramento merece, acreditamos que os princípios de sua progressiva humanização e liberalização interior são a via de sua permanente reforma³, caminho intermediário entre o conservadorismo e a convulsão abolicionista⁴, não seguidos, claro, por nenhum país do mundo, independentemente dos seus regimes jurídico e político. Propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável. Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizado. Pouco mais de dois séculos foram suficientes para constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas. O centro de gravidade das reformas situa-se nas sanções, na reação penal. Luta-se contra as penas de curta duração. Sabe-se, hoje, que a prisão reforça os valores negativos do condenado. O réu tem um código de valores distinto daquele da sociedade. Daí a advertência de Claus Roxin de “não ser exagero dizer que a pena privativa de liberdade de curta duração, em vez de prevenir delitos, promove-os”⁵.

Dentro dessa ideia, já é possível começar a observar a importância dada não somente nas finalidades e objetivos das penas, mas também, nas maneiras diversas das possibilidades de que uma pena privativa de liberdade seja cumprida fazendo com que, de fato, possa ser constatado a sua efetividade social e evitando uma inversão no sentido educacional e corretivo da pena, algo que atribuiria novas características e envolvimento criminal, ao contrário do que deveria ocorrer. Nessa seara, também surge o enfoque nas alternativas ligadas a penas privativas de

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, Falência da pena de prisão - Causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. p.12.

² PROJETO Alternativo alemão, de 1966, apud BITENCOURT, Cezar Roberto, Falência da pena de prisão - Causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. p.12.

³ HILDE Kaufmann, Principios para la reforma de la ejecución penal, p. 17 e s, apud BITENCOURT, Cezar Roberto, Falência da pena de prisão - Causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. p.12.

⁴ FILIPPO Gramatica, Principii di difesa sociale, p. 36, apud BITENCOURT, Cezar Roberto, Falência da pena de prisão - Causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. p.12.

⁵ CLAUS Roxin, A culpabilidade como critério limitativo da pena, Revista de Direito Penal, n. 11/12, 1974, p. 17, apud BITENCOURT, Cezar Roberto, Falência da pena de prisão - Causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. p.12.

liberdade com período menores e a utilização direcionada fatalmente para os casos em que envolvessem condenados perigosos e de difícil recuperação.

Sabe-se que o aprofundamento na origem das penas privativas de liberdade nos remete a uma ideia de descompasso temporal pelo simples fato da impossibilidade rastreadiva de identificar a sua nascença, visto que tal instituto acompanha a sociedade desde a sua aparição. A variedade dos fatos e os retrocessos diversos que acompanharam cada época, faz com que haja uma grande dificuldade na definição da ordem cronológica.

No que diz respeito a sua finalidade, no curso de toda a sua história, a prisão cautelar vivenciou inúmeras alterações, tanto ligadas ao seu termo conceitual, bem como sua objetividade. Sua existência e finalidades ao longo do tempo variaram conforme as estruturas sociais, políticas e jurídicas de cada civilização ou cada época na qual ela estava inserida.

No passado era possível verificar a existência da prisão cautelar, de maneira que esse instituto objetivava a garantir a execução da pena de forma excepcional, cuja função era de custódia e preservação do réu “fisicamente até o momento de serem julgados ou executados”⁶.

Na antiguidade, as penas privativas de liberdade pairavam em objetivos que se distanciam demais dos da atualidade, mas que contribuiriam para a evolução do sistema. À época, havia uma combinação de uma antessala de suplícios e tortura, recaindo sobre a integridade física do réu, como se pode observar abaixo:

“A Antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões⁷. Até fins do século XVIII a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda de réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes. Por isso, a prisão era uma espécie de antessala de suplícios. Usava-se a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 28.

⁷ LUIS Garrido Guzman, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, p. 73, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 28.

Von Hentig⁸ acrescenta que as masmorras das casas consistoriais e as câmaras de torturas estavam umas ao lado das outras e mantinham os presos até entregá-los ao Monte das Orcas ou às Pedras dos Corvos, abandonando, amiúde, mortos que haviam sucumbido à tortura ou à febre do cárcere. A prisão foi sempre uma situação de grande perigo, um incremento ao desamparo e, na verdade, uma antecipação da extinção física.”⁹

Com o objetivo precípua de depósito, contenção e custódia, as penas privativas de liberdades começaram a adquirir características legais da época que começou o envolvimento humanístico, por meio da pena, de correção junto com a moralização por volta do século XVIII.

Ainda, principalmente na Grécia, havia relatos de que as prisões eram utilizada como forma garantidora de crédito para com o credor, ou seja, se porventura não houvesse o pagamento da dívida, ocorreria forçosamente a prisão do credor ou o pagamento da dívida por intermédio de trabalhos forçados de maneira proporcional para que houvesse a quitação do débito. A prisão cautelar também desempenhava um papel significativo no sistema judicial. A detenção antes do julgamento era uma medida para garantir que o acusado comparecesse ao tribunal. A justiça ateniense valorizava a presença do réu, e a prisão cautelar era uma ferramenta para assegurar que ele não escapasse do processo judicial. Cabe ressaltar que os lugares onde ocorriam a execução desse tipo de pena, que era dedicada às classes mais inferiores, eram locais de encarceramento improvisados. Nesse sentido, afirma Bitencourt que:

“Os lugares onde se mantinham os acusados até a celebração do julgamento eram bem diversos, já que naquela época não existia ainda uma arquitetura penitenciária própria. Os piores lugares eram empregados como prisões: utilizavam-se horrendos calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios”¹⁰.

Com isso, é possível verificar que a prisão naquela época tinha como objetivo precípua garantir a execução da pena ou garantir a execução da dívida e de maneira

⁸ HANS von Hentig, La pena, v. 2, p. 185, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 28.

⁹ BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão: causa e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.12

¹⁰ BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão: causa e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.32.

tão somente em caráter acautelatório, o que dista grandemente do objetivo que integra nossa realidade contemporânea.

Em outros locais, como em Roma, por exemplo, a prisão cautelar era incluída no sistema judiciário como elemento central do processo e demonstrando o reconhecimento de diversas outras fontes do direito que versavam sobre maneiras distintas de detenção provisória com o propósito de fazer com que a custódia pública fosse utilizada não apenas como impedimento da fuga, mas também para manter a ordem e segurança pública.¹¹

Durante a idade medieval e com as advindas modernizações e alterações legislativas a prisão começou a ser empregada de maneira mais frequente, fazendo com que esse período fosse marcado pelo prevalecimento do sistema inquisitorial como sistema processual penal e com a prevalência do medo coletivo e o encarceramento. Esse entendimento pode ser evidenciado por, Bitencourt¹², que diz:

Henri Sanson, o verdugo de Paris, escrevendo as suas memórias, faz a seguinte afirmação: “Até 1791 a lei criminal é o código da crueldade legal”¹³. Na realidade, a lei penal dos tempos medievais tinha como verdadeiro objetivo provocar o medo coletivo¹⁴. “A noção de liberdade e respeito à individualidade humana — afirma Neuman — não existia e as pessoas ficavam ao arbítrio e à mercê dos detentores do poder, que, por sua vez, debatiam-se na instabilidade reinante, típica, por outra parte, dos Estados que procuravam organizar-se institucionalmente. Não importa a pessoa do réu, sua sorte, a forma em que ficam encarcerados. Loucos, delinquentes de toda ordem, mulheres, velhos e crianças esperam, espremidos entre si em horrendos encarceramentos subterrâneos, ou em calabouços de palácios e fortalezas, o suplício e a morte”¹⁵. Durante todo o período da Idade Média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece. Há, nesse período, um claro predomínio do direito germânico. A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial, aplicável àqueles que seriam “submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico”¹⁶.

¹¹ ROBINSON, O.F. *The Criminal Law of Ancient Rome*. Johns Hopkins University Press, 1995.

¹² BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causa e alternativas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.14

¹³ CARLOS García Valdés, *Estudios de derecho penitenciario*, p. 14, apud BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causa e alternativas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.14

¹⁴ FRANCISCO Tomas y Valiente, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta*, p. 356, apud BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causa e alternativas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.14

¹⁵ ELÍAS Neuman, *Evolución de la pena*, p. 29, BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causa e alternativas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.14

¹⁶ MANUAL, p. 77, apud BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causa e*

Durante esse período, a detenção preventiva evoluiu e adaptou-se às estruturas sociais, políticas e religiosas que caracterizaram a época, desempenhando diversas funções no sistema de justiça medieval. Esses critérios denotam a finalidade concreta de obter para si a posse do acusado no sentido de que o mesmo se mantivesse à disposição do inquisidor com a observância das necessidades advindas do sistema. Isto posto, passasse a ser considerado que a prisão preventiva nesse contexto traz consigo a necessidade e observância de caráter aflitivo, diferentemente de sua ideia inicial que se pautava na cautelaridade, fazendo com que fosse possível a obtenção de confissões forjadas ou até mesmo casos de torturas, corrupção e abandono. Neste sentido, Bitencourt¹⁷ afirma que:

A Idade Média se caracterizou por um direito ordálico, que também foi utilizado pelo direito espanhol¹⁸. “A melhor prova de maldade do indivíduo é o abandono que dele faz Deus ao retirar-lhe a sua ajuda para superar as provas a que é submetido — da água, do fogo, do ferro candente etc. —, com o que se faz merecedor automático do castigo, julgamento de Deus cujo resultado se aceita mais ou menos resignadamente (...). O culpado, isto é, quem não supera a prova, convence a si mesmo de sua própria maldade e do abandono de Deus. Se não estivesse em pecado — se não tivesse cometido um delito — sairia feliz da mesma, não há a menor dúvida”. Como consequência da forma de obter a prova do crime, havia um elevado índice de erros judiciários, o que é absolutamente natural. Finalmente, é um direito profundamente corrompido. Os delitos mais comuns dos juizes são as exações ilegais e as prevaricações. García Valdés, falando do sentimento popular a respeito da corrupção judicial na Idade Média, relata: “Assim, não é difícil ter notícia deste sentir popular, expressado em tábuas e máximas, sobre a justiça e penas imperantes. As miniaturas da Idade Média apresentavam, com muita frequência, o juiz cobrando das partes no processo, com as duas mãos estendidas, sopesando o recebido e com cara de inocente”¹⁹.

As penas nessa época possuíam caráter subjetivo, sendo aplicadas de forma direta sobre o corpo do culpado, submetendo os réus aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas.

alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.14.

¹⁷ BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão: causa e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.14.

¹⁸ CARLOS García Valdés, Estudios de derecho penitenciario, p. 15, BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão: causa e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.14.

¹⁹ CARLOS García Valdés, Estudios, p. 19. “As madeiras policromadas reproduziam o que o povo falava e, assim, entre os dizeres populares, anotamos: não esqueçam, juizes, ao sentenciar que há outro juiz que os terá de julgar, ou então: Julgai, juizes, com Justiça, sem amor, nem desamor, nem inveja. Os dois provérbios demonstram a advertência e a vigilância constante que o cidadão medieval fazia aos seus magistrados sobre o dever de administrar corretamente a Justiça, bem como a recriminação que recebiam quando não agiam corretamente.”, apud BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão: causa e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.14

O direito canônico, predominante na Europa medieval, influenciou significativamente a prática da prisão cautelar e de maneira considerável, fazendo com que ocorresse também o surgimento da prisão moderna cujo teor principal começa a se debruçar sobre a reforma a ser aplicada no delinquente. A Igreja, com seu poder jurídico, mantinha prisioneiros em suas instalações para garantir que os acusados comparecessem aos tribunais eclesiásticos. Como apontado por Hamilton, "as detenções eclesiásticas serviam para proteger a comunidade e assegurar a submissão dos réus às decisões da Igreja".²⁰

Um fato marcante que envolve o direito canônico é a ligação do vocábulo "penitência" e "penitenciária" que se completam também com conceitos teológicos, visto que, o crime na época do fato, era considerado um pecado se fosse levar em consideração o seu ponto de encontro contra as leis divinas e humanas. Dessa maneira, as bases canônicas fortaleceram o pensamento de que o objetivo do pecador, ligado ao fato cometido e, com a participação ativa e eficaz do direito canônico, recai sobre a indução dele ao arrependimento e melhoramento. Herda-se aqui então o espírito ideal de caridade, redenção e fraternidade.

Concomitantemente, os tribunais seculares utilizavam a prisão cautelar para manter a ordem e segurança pública. Os senhores feudais tinham autoridade para deter indivíduos suspeitos de crimes ou de desobedecerem às suas leis, esperando julgamento em suas prisões locais. Segundo Harding, "a prisão preventiva na jurisdição secular era uma ferramenta para manter a paz feudal e evitar a fuga dos acusados".²¹

Já na idade moderna, durante os séculos XVI e XVII, surge uma maior atenção para as penas de morte que havia na época, uma vez que, foi perceptível e evidente que essa solução não era adequada por razões de política criminal. Essa percepção também atribui seu resultado a grande quantidade de delinquentes na época, fazendo com que não fosse possível aplicar uma pena de morte a tanta gente assim. Com o grande aumento da criminalidade, resultado também de longas

²⁰ HAMILTON, Bernard. *The Medieval Inquisition*. Holmes & Meier Publishers, 1981.

²¹ HARDING, Alan. *Medieval Law and the Foundations of the State*. Oxford University Press, 2002

guerras, expedições militares e devastação territorial, o instituto da pena de morte acaba por perder força.

Em meados do século XVI surge uma movimentação cujo objetivo atrelava-se à reforma no desenvolvimento das penas relacionadas às privações de liberdade.

Começa-se a criar prisões que possuem uma maior organização e estrutura para que se possa, de fato, ocorrer uma devida correção daqueles indivíduos que estavam cumprindo pena. Nesse sentido, começa a surgir um diferente objetivo e finalidade da prisão privativa de liberdade, conforme ressalta Bitencourt:

A suposta finalidade da instituição, dirigida com mão de ferro, consistia na reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina. O sistema orientava-se pela convicção, como todas as ideias que inspiraram o penitenciarismo clássico, de que o trabalho e a férrea disciplina são um meio indiscutível para a reforma do recluso. Ademais, a instituição tinha objetivos relacionados com a prevenção geral, já que pretendia desestimular outros para a vadiagem e a ociosidade. Outra de suas finalidades era conseguir que o preso, com as suas atividades, “pudesse autofinanciar-se e alcançar alguma vantagem econômica”. O trabalho que se desenvolvia era do ramo têxtil, tal como a época exigia. Essa experiência deve ter alcançado notável êxito, já que em pouco tempo surgiram em vários lugares da Inglaterra houses of correction ou bridwells, tal como eram denominadas, indistintamente²². O auge dos bridwells foi considerável, especialmente a partir da segunda metade do século XVII. O fundamento legal mais antigo das houses of correction encontra-se em uma lei do ano 1575, onde se definia a sanção para os vagabundos e o alívio para os pobres, determinando a construção de uma casa de correção por condado, pelo menos. Posteriormente, uma lei de 1670 definiu um estatuto para os bridwells.²³

É possível evidenciar não apenas a mudança de finalidade em comparação com outras épocas, mas também no surgimento da utilização de serviços para um autofinanciamento do próprio preso na área do ramo têxtil.

No século XVIII, a prisão preventiva voltou a ser vista na forma de uma medida excepcional e cautelar. Esse período marcou uma mudança significativa em sua função, que passou a diferir do modelo romano clássico e adotou novas finalidades. A prisão cautelar do século XVIII assumiu também o papel de garantir a justiça. Esse novo modelo buscava impedir a fuga do acusado, evitar a perda ou

²² DARIO Melossi e Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica*, p. 32. É oportuno registrar que Melossi e Pavarini não aceitam o fim corretivo atribuído às workhouses, apud BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causa e alternativas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.16.

²³ BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causa e alternativas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.16

danificação das provas e, em certos casos, proteger a ordem pública, impedindo que determinados acusados continuassem a cometer crimes.

Essa evolução no conceito de prisão também trouxe a ideia excepcional de usá-la como forma de pena. De acordo com Bitencourt²⁴, o aumento no número de crimes, impulsionado pela crescente pauperização da população, fez com que a prisão se tornasse uma necessidade. A miséria levava muitas pessoas a cometerem crimes como meio de sobrevivência. Nesse contexto, a pena de morte não era uma solução viável devido ao grande número de infratores. A prisão, então, não só serviu como um instrumento penal, mas também como um mecanismo de controle social, essencial para a manutenção do crescimento econômico da burguesia. Bitencourt²⁵ aponta que a prisão estava vinculada à necessidade de manter a ordem econômica e o controle social, garantindo a dominação da burguesia sobre o proletariado.

Além disso, o filósofo Michel Foucault²⁶ analisou esse período, destacando como o confinamento era utilizado de maneira equivocada para desempenhar um papel duplo: reduzir o desemprego ou, pelo menos, ocultar seus efeitos sociais mais visíveis, e controlar os preços quando havia risco de aumentos significativos. Segundo Foucault²⁷, o confinamento pretendia atuar sobre o mercado de trabalho e os preços de produção. No entanto, ele observa que essas medidas não atingiram plenamente os objetivos esperados.

Embora o confinamento absorvesse os desempregados para dissimular a miséria e evitar agitações políticas ou sociais, a prática acabou aumentando o desemprego nas regiões vizinhas e em setores similares, evidenciando a ineficácia das estratégias de confinamento.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal : parte geral, 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 217.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal : parte geral, 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 221.

²⁶ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987. p.270.

²⁷ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987. p.14.

Neste contexto, é importante entender de que maneira a prisão se transformou durante o decurso do tempo, refletindo as mudanças sociais, econômicas e políticas da época. No século XVIII, a sociedade enfrentava uma série de desafios relacionados ao crescimento populacional e à pobreza extrema. A criminalidade era vista como uma consequência direta dessas condições. A resposta a esses desafios foi a institucionalização da prisão como uma ferramenta multifacetada: servia para punir, controlar e reformar os indivíduos considerados desviantes.

A prática da prisão preventiva, então, não era apenas uma medida punitiva, mas também uma estratégia de contenção social. Ao impedir que acusados ficassem livres durante o processo judicial, buscava-se manter a ordem e assegurar que a justiça pudesse ser realizada sem interferências externas. A prisão preventiva, dessa forma, garantia que as investigações pudessem ocorrer sem a influência de ameaças ou coações por parte dos acusados.

A adoção da prisão como forma de controle social também refletia a necessidade salutar de uma nova ordem econômica. A burguesia emergente precisava de estabilidade para promover o crescimento econômico, e a prisão oferecia um meio de assegurar que os trabalhadores permanecessem subservientes e controlados. A ameaça de prisão funcionava como um dissuasor para comportamentos considerados prejudiciais à ordem social e econômica desejada pela classe dominante, conforme Bitencourt.²⁸

Ademais, é notório a contribuição de alguns pensadores da época cujos fundamentos se pautavam nos critérios da razão e da humanidade. Esses pensadores foram conhecidos como reformadores, uma vez que a excessiva crueldade, as penas capitais e a grande quantidade de castigos corporais, fizeram com que as velhas concepções arbitrárias fossem, aos poucos, deixadas de lado, dando lugar aos princípios ligados à dignidade do homem.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal : parte geral, 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 58.

Dentre os reformadores, o jurista renomado, Cesare Beccaria, trouxe a construção de um sistema criminal cujo papel foi o de substituir a desumanidade que pairava no sistema, como podemos observar em Bitencourt, que diz:

Em realidade, muitas das reformas que Beccaria sugere foram propostas por outros pensadores. Seu êxito deve-se ao fato de constituir o primeiro delineamento consistente e lógico sobre uma bem elaborada teoria, englobando importantes aspectos penológicos. Beccaria constrói um sistema criminal que substituirá o desumano, impreciso, confuso e abusivo sistema criminal anterior. Seu livro, de leitura fácil, foi oportunamente formulado com um estilo convincente, expressando os valores e esperanças de muitos reformadores de prestígio de seu tempo. Sugeriu mudanças que eram desejadas e apoiadas pela opinião pública. Surgiu exatamente no tempo em que deveria surgir.²⁹

O renomado pensador, enaltece uma concepção utilitarista da pena, considerando-a como um exemplo de utilização para o futuro, mas não o simples fato de a mesma ser vista como uma vingança pela ação ocorrida no passado.

Diante da luta que se travava para que se pudesse integrar no sistema criminal uma ideia de prisão privativa de liberdade, uma ideia de pena ou isolamento no cárcere, surge com maior força, em detrimento também dos pensadores da época, junto a necessidade de humanização e respeito aos princípios que hoje são pilares para o convívio social de todo o país democrático e com respeito ao devido processo legal, a saber a dignidade humana e liberdade, as retificações legislativas pelos representantes do povo. Essas retificações fizeram parte dos códigos anteriores no Brasil, especificamente em 1824, ano em que ocorreu a promulgação da Constituição do Império e em 1841, ano em que ocorreu a reforma do Código de Processo Penal, com o surgimento da Lei 261/1841. Atenção destaque também, cabe ao Decreto de 23 de maio de 1821, que influenciou de maneira indireta a Constituição Política do Império de 1824. Nesse entendimento, afirma o renomado doutrinador Luiz Regis Prado³⁰:

É imperativo destacar que havia aprisionamentos preventivos promovidos por Governadores, Juizes Criminais e Magistrados sem qualquer disposição legal ou preocupação com o preso. A situação de arbitrariedade foi o que conduziu o Conde dos Arcos a confeccionar o Decreto de 23 de maio de 1821. A ideia era restringir sua aplicação, evitar

²⁹ BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão: causa e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.22.

³⁰ PRADO, Luiz Regis Prisão Preventiva: a contramão da modernidade / Luiz Regis Prado, Diego Prezzi Santos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 92.

abuso e arbitrariedade. Também fora objetivo a segurança das pessoas. A Constituição Política do Império de 1824 definia no artigo 179 a inviolabilidade dos direitos civis e políticos, firmando no inciso VIII que ninguém poderia ser preso sem culpa formada a não ser nos casos previstos em lei.³¹ Pouco tempo depois, com a Lei de 29 de novembro de 1832 era promulgado o Código de Processo Criminal de primeira instância que definia o que era culpa formada nos arts. 134 a 149³², e estatua previsão de prisão antes da culpa formada no art. 175 que dispunha: “Poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém nestes, e em todos os mais casos, á excepção dos de flagrante delicto, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escripta da autoridade legitima”³³. Atenta-se ao fato de que a “ordem de prisão” dependia do indiciamento e da inadmissibilidade da fiança (prevista nos arts. 100 a 113), devendo o mandado ser escrito pelo escrivão e assinado pelo juiz ou Presidente do tribunal emissor³⁴. Como se nota, o termo usado é “poderão” e não “deverão” ser presos sem culpa formada. O Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871, fazia previsão de que antes de iniciado o procedimento de formação de culpa ou qualquer diligência, a autoridade policial, o Promotor Público, a parte queixosa ou o juiz, agindo de ofício, podiam representar ou requerer sobre a necessidade ou conveniência da prisão preventiva do réu indiciado por crime inafiançável, “apoiando-se em prova de que resultem vehementes indícios de culpabilidade, ou seja, confissão do mesmo réu ou documento ou declaração de duas testemunhas”³⁵. O

³¹ BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Rio de Janeiro, RJ, 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 4 ago. 2024.

³² Cf. BRASIL. 1832, que regulava a culpa formada como conjunto de provas advindo de interrogatório, oitivas, perícias, documentos.

³³ Cf. BRASIL. 1832, que regulava a culpa formada como conjunto de provas advindo de interrogatório, oitivas, perícias, documentos.

³⁴ Cf. BRASIL. 1832, que regulava a culpa formada como conjunto de provas advindo de interrogatório, oitivas, perícias, documentos. Id. Vejam-se as principais regras da fiança: “Art. 100. Nos crimes, que não tiverem maior pena do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o réu livrar-se solto. Também poderá livrar-se solto, nem mesmo será conservado na prisão, se nella já estiver, prestando fiança idonea nos crimes não exceptuados no artigo seguinte” e “Art. 101. A fiança não terá lugar nos crimes, cujo maximo da pena fôr: 1º morte natural: 2º galés: 3º seis annos de prisão com trabalho: 4º oito annos de prisão simples: 5º vinte annos de degredo”.

³⁵ BRASIL. Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871. Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de Setembro do corrente anno, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciaria. Rio de Janeiro, RJ, 22 nov. 1871. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm>. Acesso em: 4 ago. 2024. Veja-se: “Art. 29. Ainda antes de iniciado o procedimento da formação da culpa ou de quaesquer diligencias do inquerito policial, o Promotor Publico, ou quem suas vezes fizer, e a parte queixosa poderão requerer, e a autoridade policial representar, acerca da necessidade ou conveniencia da prisão preventiva do réu indiciado em crime inafiançavel, apoiando-se em prova de que resultem vehementes indicios de culpabilidade, ou seja confissão do mesmo réu ou documento ou declaração de duas testemunhas; e, feito o respectivo autuamento, a autoridade judiciaria competente para a formação da culpa, reconhecendo a procedencia dos indicios contra o arguido culpado e a conveniencia de sua prisão, por despacho nos autos a ordenará, ou expedindo mandado escripto, ou requisitando por communicação telegraphica, por aviso geral na imprensa ou por qualquer outro modo que faça certa a requisição. § 1º Independente de requerimento da parte accusadora ou representação da autoridade policial, poderá do mesmo modo o Juiz formador da culpa, julgando necessario ou conveniente, ordenar ou requisitar, antes da pronuncia, a prisão do réu de crime inafiançavel, se tiver colligido ou lhe fôr presente aquella prova de que resultem vehementes indicios da culpabilidade do dito réu. § 2º A autoridade policial e os Juizes de Paz deverão fazer prender os indiciados culpados de crimes inafiançaveis, descobertos em seus districtos, sempre que tiverem conhecimento de que pela autoridade competente para a formação da culpa foi ordenada essa

Decreto 2.110, de 30 de novembro de 1909³⁶, “autorizou a prisão preventiva também dos delitos afiançáveis, desde que o indiciado fosse vagabundo, sem profissão lícita e domicílio certo, ou já tivesse cumprido pena de prisão”.³⁷

Todas essas alterações foram um marco na evolução do sistema criminal, principalmente no que se refere à privação de liberdade do indivíduo, refletindo também na atualidade, que absorve os frutos de uma reforma e aprimoramento, seguido a evolução natural do processo diante da sociedade.

Portanto, a evolução da prisão no século XVIII não só redefiniu o papel da prisão preventiva, mas também moldou a forma como a sociedade lidava com a criminalidade e a ordem pública. Esse período marcou o início de uma nova era no sistema penal, onde a prisão estabeleceu-se como um pilar fundamental e pertinente para a administração da justiça e a manutenção da ordem social.

2.2 CONCEITO

A prisão preventiva, na figura de medida cautelar de restrição de liberdade, opera como um dos pilares do sistema processual penal brasileiro. Regulamentada atualmente pelo Código de Processo Penal (CPP), a prisão preventiva tem suscitado debates acalorados no âmbito jurídico, sendo ela a representação de uma medida considerada extrema e alvo de larga discussão, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, tanto em relação aos seus fundamentos quanto aos seus limites e procedimentos.

A compreensão desse instituto da prisão preventiva demanda uma análise aprofundada e minuciosa dos dispositivos legais pertinentes, bem como uma incursão nas obras de renomados doutrinadores do Direito Processual Penal

captura, ou porque recebessem directa requisição ou por ser de notoriedade publica que o Juiz formador da culpa a expedira. Executada a prisão, immediatamente o preso, será conduzido á presença do mesmo Juiz para delle dispôr. § 3º Não poderá ser ordenada ou requisitada nem executada a prisão de réo não pronunciado, se houver decorrido um anno depois da perpetração do crime”.

³⁶ BRASIL. Decreto 2.110, de 30 de setembro de 1909. Estabelece penas para os crimes de peculato, moeda falsa, falsificação de documentos e dá outras providencias. Rio de Janeiro, RJ, 30 set. 1909. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-2110-30-setembro-1909-580312-publicacaooriginal-103262-pl.html>>. Acesso em: 4 ago. 2024.

³⁷ GARCIA, 1945, p. 160-172, apud PRADO, Luiz Regis Prisão Preventiva: a contramão da modernidade / Luiz Regis Prado, Diego Prezzi Santos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 92.

brasileiro. Ao examinarmos as diferentes perspectivas teóricas e os entendimentos jurisprudenciais sobre a matéria, torna-se possível delinear um panorama abrangente acerca dessa importante ferramenta processual presente em nossa sociedade contemporânea.

Em conformidade com a doutrina especializada, a prisão preventiva é conceituada como uma modalidade de prisão cautelar decretada durante o curso do processo penal, cujo objetivo é o de assegurar a eficácia da investigação e a aplicação irrestrita da lei penal.

Segundo Fernando Capez, renomado doutrinador do Direito Penal e Processual Penal, a prisão preventiva é definida como "a privação da liberdade de alguém, determinada por decisão judicial, no decurso do processo penal, ou mesmo antes dele, sempre que presentes os pressupostos legais e observados os requisitos formais"³⁸. Nessa definição, Capez destaca o caráter processual da medida, ressaltando que a prisão preventiva ocorre durante o curso do processo penal. Segundo o autor, o conceito, de uma maneira específica, recai sobre:

Prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.³⁹

Para Guilherme de Souza Nucci, a prisão preventiva pode ser entendida como "a prisão provisória decretada durante a investigação criminal ou no curso do processo, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou do querelante, quando presentes os pressupostos e os requisitos legais"⁴⁰. Nucci enfatiza a natureza provisória da medida, indicando que ela é decretada antes da sentença final e com a finalidade de resguardar a efetividade da persecução penal.

Para compreender inicialmente sobre o tema em questão, é importante nos atermos aos fundamentos da prisão preventiva, fazendo-se necessário recorrer às contribuições da doutrina especializada em nosso meio. Nesse sentido, Fernando

³⁸ CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.p.174.

³⁹ CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.p.174.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, 1962-Manual de processo penal / Guilherme de Souza Nucci. - 5. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2024. p.374.

Capez⁴¹ destaca também que a prisão cautelar visa assegurar a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal. Para o autor, tais fundamentos encontram respaldo na necessidade de resguardar a eficácia do processo penal, bem como garantir a segurança da sociedade.

Nesse sentido, cabe destaque a importância da prisão preventiva na figura de instrumento de tutela dos interesses públicos e da própria justiça criminal, pois, a sua decretação está condicionada à presença de indícios suficientes de autoria e à existência de elementos que justifiquem a relevância da medida cautelar.

No que tange aos requisitos e procedimentos da prisão preventiva, Guilherme de Souza Nucci⁴², destaca também a importância da fundamentação das decisões judiciais, juntamente com a observância do contraditório e da ampla defesa. Para o autor, a decretação da prisão preventiva deve ser fundamentada em elementos concretos que justifiquem a restrição da liberdade do acusado, não devendo ser utilizada como instrumento de antecipação de pena ou de punição antecipada, devendo-se observar rigorosamente os princípios constitucionais e os direitos fundamentais do indivíduo.

Percebe-se que o conceito de prisão preventiva, à luz do Código de Processo Penal, é permeado por uma série de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, como citado inicialmente. Essas discussões, mesmo que de forma distinta, foram cruciais na contribuição evolutiva que integram a conceituação do tema dentro de nossa atualidade, fazendo com que seja possível uma definição baseada na solidez e concretude jurídica ligado ao tema. Seu teor conceitual pauta-se na fundamentada necessidade de garantias ligadas ao processo e ao sistema criminal.

Fundamentada na necessidade de resguardar a eficácia dentro do processo penal e garantir a ordem pública, a prisão preventiva representa uma medida excepcional que deve ser aplicada com cautela e observância aos princípios constitucionais.

⁴¹ CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.p.194.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza, 1962-Manual de processo penal / Guilherme de Souza Nucci. - 5. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2024. p.379.

Em síntese, o conceito de prisão preventiva, à luz do Código de Processo Penal e da doutrina especializada, refere-se à privação da liberdade de uma pessoa durante o curso do processo penal, decretada com base nos pressupostos e requisitos legais. Trata-se de uma medida cautelar de natureza processual, cujo objetivo principal é garantir a aplicação da lei penal e a eficácia da investigação criminal.

3. MEDIDAS CAUTELARES E OS DIREITOS INDIVIDUAIS

As medidas cautelares, instrumentos processuais destinados a assegurar o andamento do processo penal sem comprometer a liberdade do acusado, têm sua aplicação diretamente ligada à proteção dos direitos individuais. Elas representam um equilíbrio entre a necessidade de garantir a efetividade da justiça e o respeito às garantias fundamentais, como a presunção de inocência e a proporcionalidade.

Nos tópicos seguintes, será abordada a evolução desse equilíbrio, destacando como a legislação e a jurisprudência têm moldado a aplicação dessas medidas em respeito aos direitos humanos.

3.1 MEDIDAS CAUTELARES NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

As medidas cautelares elencadas em nosso ordenamento jurídico brasileiro são utilizadas com intuito de adotar ações durante o decorrer das investigações preliminares. Diversas são essas medidas cautelares que serão citadas posteriormente, mas por hora, abordaremos este tema com o intuito de especificar uma pequena diferenciação entre os termos processo cautelar e medidas cautelares. As medidas cautelares em si, integram a investigação preliminar processual, tanto no que concerne à fase de conhecimento, quanto à fase de execução. Quando nos referimos ao termo “processo cautelar”, este, não encontra definição dentro do Código de Processo Penal, justamente pelo entendimento de não haver “processo cautelar” dentro da sistemática do CPP. Visto que não existe processo penal cautelar, é improvável considerar a probabilidade de uma ação cautelar sendo regida no âmbito do direito processual penal.⁴³

De um modo geral as medidas cautelares podem ser consideradas um pedido no sentido de antecipação dos efeitos presentes na decisão, ao passo que ocorre de forma anterior ao seu julgamento.

⁴³ LOPES Jr., Aury Direito Processual Penal / Aury Lopes Jr. - 21. ed. - São Paulo : SaraivaJur, 2024, p. 272

3.2 ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES - PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL

Dentro da sistemática Processual Penal, as medidas cautelares podem ser classificadas mediante três tipos de prisões cautelares que são acompanhadas pelo inquérito policial. São elas: Prisão Temporária, Prisão Preventiva e Prisão em flagrante.

3.3 PRISÃO TEMPORÁRIA, PREVENTIVA E EM FLAGRANTE

De maneira doutrinariamente falando, a prisão temporária remete a ideia do encarceramento introdutório do indiciado entre o lapso temporal no qual é possível obter a informação constante e relacionada ao fato delituoso e a verificação da possibilidade em reunir todos os elementos necessário que possibilitam e ensejam a decretação da prisão preventiva. Utilizada na fase de investigação criminal, é considerada também uma medida cautelar no direito processual penal brasileiro. Com sua distinção da prisão preventiva, que de maneira formal, é capaz de ser decretada a qualquer tempo no processo, a prisão temporária tem um determinado tempo de duração específico. Emprega-se a mesma com vistas a garantir o triunfo das investigações, fazendo com que ocorra a devida colheita das provas consideradas essenciais ao processo.

Sua previsão consta na Lei nº 7.960/1989 e ocorre com a decretação do juiz, mediante representação da autoridade policial ou através de requerimento do Ministério Público, a depender de casos que envolvam alguma necessidade extrema. Segundo Capez, "a prisão temporária destina-se a garantir a eficácia da investigação policial, permitindo a detenção do suspeito durante um período limitado para que a polícia possa coletar provas e esclarecer os fatos".⁴⁴

A decretação da prisão temporária traz consigo a necessidade de que esteja presente indícios suficientes de autoria ou da participação do suspeito no delito e também que a medida seja essencial para as investigações.

⁴⁴ CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.

A prisão temporária pode durar até cinco dias, prorrogáveis por mais cinco nos casos excepcionais, e, nos crimes hediondos, o prazo inicial é de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta. Essa limitação temporal visa evitar abusos e garantir que a medida seja utilizada apenas pelo tempo necessário para angariar elementos favoráveis à investigação. A aplicação da prisão temporária, portanto, deve ser criteriosa, sempre observando a presunção de inocência e os direitos fundamentais do investigado.

A prisão temporária possui como objetivo fornecer suporte aos elementos do inquérito policial, proporcionando provas relativas à autoria ou participação do suspeito ou indiciado em infrações penais graves. Essas provas são essenciais para fundamentar uma queixa ou futura denúncia. Da mesma maneira, o conjunto de provas obtido pode ser crucial para converter a prisão temporária em prisão preventiva. A finalidade mais significativa dessa medida é apoiar o Ministério Público (MP), fornecendo a convicção suficiente para a apresentação da acusação formal.⁴⁵

Posteriormente, no que concerne à prisão preventiva, ainda, quando da utilização desse tipo de instituto, é necessário a observância do princípio da proporcionalidade avaliado com base em dois critérios: o da necessidade e o da adequação. Esse tipo de instituto será abordado mais a frente com mais afinco no decorrer desta monografia, levando em consideração ser uma das principais temáticas, mas por ora, convém ressaltar que sua regulamentação encontra-se no artigo 312 do CPP que diz:

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

Em resumo, a prisão preventiva deve ser aplicada com rigorosa observância do princípio da proporcionalidade, considerando-se os critérios de necessidade e adequação. Sua regulamentação, estabelecida no artigo 312 do CPP, será explorada mais detalhadamente nesta monografia, dada sua importância no contexto das medidas cautelares e do processo penal.

⁴⁵ FREITAS, Jaime Walmer de. Prisão temporária. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 106.

Já a prisão em flagrante, uma das medidas cautelares com previsão no CPP, traz consigo uma ideia de flagrância quando do momento de acontecimento de seu ato. Capez, Fernando⁴⁶ expressa que a denominação do vocábulo flagrante tem origem do latim e que relaciona-se com ênfase ante a iminência e a evidência do ato ilícito no momento da sua prática. Segundo o autor, é importante mencionar que:

O termo flagrante provém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. É o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. Na conhecida lição de Hélio Tornaghi, “flagrante é, portanto, o que está a queimar, e em sentido figurado, o que está a acontecer”.⁴⁷ É, portanto, medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção. Para José Frederico Marques, “flagrante delito é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação penal ilícita”.⁴⁸

Ante o exposto, é possível destacar que há algumas espécies de flagrante em conformidade com a doutrina que engloba o ordenamento jurídico brasileiro. São elas:

Flagrante próprio: de uma maneira popular também pode ser conhecido por propriamente dito, verdadeiro ou real. Trata-se da surpresa ao agente no cometimento da infração penal, ou quando o mesmo acabou de realizá-la.

Flagrante impróprio: de uma maneira popular também pode ser conhecido por quase flagrante ou irreal. Trata-se da perseguição ao agente logo após o cometimento da infração penal, em uma circunstância que indique ser o responsável pela infração.

Flagrante ficto, presumido ou assimilado: a captura do agente ocorre logo após o cometimento da infração e junto com ele, os instrumentos (objetos, papéis, armas e etc) que o façam presumidamente, ser o autor da infração.

⁴⁶ CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.p.183.

⁴⁷ CURSO de processo penal, 7. ed., Saraiva, 1990, v. 2, p. 48, apud CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.p.183.

⁴⁸ ELEMENTOS de direito processual penal, cit., 1. ed., v. 4, p. 64, apud CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.p.183.

Flagrante compulsório: consiste na obrigação de o agente efetuar a prisão em flagrante, tratando especificamente as autoridades policiais e seus agentes que possuem o dever, a obrigação de atuar.

Flagrante facultativo: deverá ser observado os critério de conveniência e oportunidade para que possa ser feito o correto julgamento da ação de autuar em flagrante, determinada situação, por uma pessoa “qualquer do povo” que “poderá” atuar diante do caso concreto.

Flagrante preparado: trata-se de uma categoria de crime impossível, pois, ocorre de maneira traiçoeira por parte do agente, seja ele policial ou um terceiro, quando este utiliza-se de meios idôneos, mas de maneira a eliminar a possibilidade de produção do resultado. Segundo a Súmula 145 do STF⁴⁹, nesses casos não haverá crime.

Flagrante esperado: ocorre quando a autoridade policial aguarda, de maneira esperada, o momento no qual realizar-se-á o crime sem influenciar os fatores relacionados ao cometimento do mesmo.

Flagrante retardado: a ação policial nesse caso fica retardada enquanto o ilícito ocorre de maneira que este retardo seja em favor do momento oportuno para a atuação do agente, bem como maiores informações sobre o *modus operandi* de quem comete o ilícito.

Flagrante forjado: nessa modalidade, tanto os policiais quanto os civis fabricam evidências de um crime inexistente, como, por exemplo, colocando drogas dentro de algum determinado veículo.⁵⁰

Por fim, cabe ressaltar que a regulamentação da prisão em flagrante está prevista no Código de Processo Penal Brasileiro, especificamente no artigo 302, que dispõe sobre as circunstâncias que caracterizam a situação de flagrância:

"Considera-se em flagrante delito quem:

⁴⁹ Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.p.122.

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."⁵¹

Em resumo, a prisão em flagrante é regulamentada pelo CPP no artigo 302, que define as circunstâncias em que se considera alguém em flagrante delito. Essas situações incluem estar cometendo ou ter acabado de cometer a infração, ser perseguido logo após o ato, ou ser encontrado com evidências que indiquem a autoria do crime.

3.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Brasileira de 1988 é fundamental na história do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando se fala a respeito dos direitos e garantias fundamentais que nela foram estabelecidos com o intuito de assegurar para cada cidadão a dignidade humana e a proteção dos direitos individuais. A evolução das ideias concernentes à justiça, liberdade e igualdade, abarcadas pelos Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais presente na Carta Magna faz-se imprescindível na integração da espinha dorsal que constitui o Estado Democrático de Direito.

A dignidade humana observada no direito fundamental, traz consigo a extrema importância de sua aplicação de maneira exequível.

Nesse sentido, segundo os autores Michael e Lothar⁵², é importante destacar que:

A dignidade humana – a par da sua importância sistemática como norma fundamental objectiva do direito constitucional – deveria ser entendida, com o Tribunal Constitucional Federal⁵³, como autêntico direito

⁵¹ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Art. 302.

⁵² MICHAEL, Lothar Direitos fundamentais / Lothar Michael e Martin Morlok; tradução de [Antônio Francisco de Sousa e António Franco]. – São Paulo : Saraiva, 2016. – (Série IDP : Linha direito comparado).p. 152.

⁵³ BVERFGE 125, 175, 222 – Hartz IV; entretanto provavelmente também doutrina dominante: Dreier, in: Dreier, GG, vol. 1, 3. ed., sobre o art. 1º, n. 1, n. m. 121, apud MICHAEL, Lothar Direitos fundamentais / Lothar Michael e Martin Morlok; tradução de [Antônio Francisco de Sousa e António

fundamental. A opinião contrária⁵⁴ não convence, mesmo que o art. 1º, n. 3, da Lei Fundamental se refira aos “direitos fundamentais a seguir enunciados”. O art. 1º, n. 1, da Lei Fundamental abre o capítulo da Lei Fundamental e, enquanto ponto de partida para a qualidade de sujeito da pessoa humana, não deveria ser entendido de maneira pura e simplesmente jurídico-objectiva. A dignidade humana é, enquanto direito individual subjectivo, um direito fundamental recorrível e exequível com o recurso constitucional, no sentido do art. 93º, n. 1º, al. 4a, da Lei Fundamental. Não é, portanto, necessária a invocação – eventualmente também dos direitos de liberdade ou de igualdade afectados⁵⁵, com os quais ela também não deveria ser confundida.⁵⁶

Ainda, dentro da essencialidade dos direitos fundamentais, é possível destacar também a classificação como normas fundamentais, que orientam a interpretação e o emprego de todas as demais normas, os princípios constitucionais. Com sua devida relevância, segundo Soares⁵⁷, destaca-se:

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana é incontestável no atual quadro evolutivo das sociedades humanas, o que leva Ana Paula de Barcellos⁵⁸ a afirmar que um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano, despontando a dignidade da pessoa humana como um axioma da civilização ocidental e talvez a única ideologia remanescente no início do novo milênio.

Em se tratando de direitos fundamentais e fazendo a correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana convém destacar um dos mais relevantes dos direitos fundamentais que estão enumerados principalmente no artigo 5º da CF

Franco]. – São Paulo : Saraiva, 2016. – (Série IDP : Linha direito com- parado).p. 152.

⁵⁴ DÜRIG, in: Maunz/Dürig, GG (iniciada em 1958), sobre o art. 1, n. m. 4; Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, p. 92 e s., 380 e s.: “a dignidade humana está anteposta, em jeito de preâmbulo, aos direitos fundamentais”, apud MICHAEL, Lothar Direitos fundamentais / Lothar Michael e Martin Morlok; tradução de [António Francisco de Sousa e António Franco]. – São Paulo : Saraiva, 2016. – (Série IDP : Linha direito com- parado).p. 152.

⁵⁵ DREIER, in: Dreier, GG, vol. 1, 3. ed., sobre o art. 1o, n. 1, n. m. 126: “outra coisa parece dificilmente imaginável”. Art. 1o, n. 1, da Lei Fundamental como direito fundamental, tratado terminologicamente de maneira imparcial: BVerfGE 1, 97, 99, 104 – Hinterbliebenenrente (pensão de sobrevivência) I; Como aqui: Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, vol. 1, 6. ed. 2010, sobre o art. 1o, n. 1, n. m. 31, apud MICHAEL, Lothar Direitos fundamentais / Lothar Michael e Martin Morlok; tradução de [António Francisco de Sousa e António Franco]. – São Paulo : Saraiva, 2016. – (Série IDP : Linha direito com- parado).p. 152.

⁵⁶ DREIER, in: Dreier, GG, vol. 1, 3. ed., sobre o art. 1o, n. 1, n. m. 69, 72, 141, apud MICHAEL, Lothar Direitos fundamentais / Lothar Michael e Martin Morlok; tradução de [António Francisco de Sousa e António Franco]. – São Paulo : Saraiva, 2016. – (Série IDP : Linha direito com- parado).p. 152.

⁵⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire.O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana / Ricardo Maurício Freire Soares. – 2. ed. – São Paulo : SaraivaJur 2024.p.119.

⁵⁸ DE BARCELLOS, Ana Paula.A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103, apud SOARES, Ricardo Maurício Freire.O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana / Ricardo Maurício Freire Soares. – 2. ed. – São Paulo : SaraivaJur 2024.p.119.

de 88 e que abrangem uma ampla gama de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, o direito à liberdade.

A atenção especial neste ponto deve ser dada justamente pelo limite entre a garantia da liberdade de uma determinada pessoa, liberdade essa prevista de forma constitucional, e a aplicação da prisão preventiva, desde que sejam observadas a devida fundamentação e proporcionalidade do caso concreto, para que a autoridade policial não enseje em arbitrariedades e abuso de poder, bem como, no sofrimento e violação desnecessário das garantias do indivíduo.

3.5 EXAME DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

A aplicação do tema, prisão preventiva, tem uma grande relevância de natureza jurídica e social dentro do nosso ordenamento jurídico brasileiro, pois, o assunto envolve de forma direta uma série de direitos e garantias individuais, principalmente concernentes à liberdade dos indivíduos. Essa aplicação ressalta o quão eficaz deve ser um sistema de justiça criminal.

Considerada como um dos tipos de prisão cautelar, a prisão preventiva é uma medida cautelar cuja previsão normativa encontra-se no CPP e é acompanhada da necessidade do dever de ser decretada pelo juiz quando a demonstração da garantia da ordem pública ou econômica, da aplicação da lei penal ou da conveniência da instrução criminal, se mostra fundamental a estes tópicos.

De forma expressa, a regulamentação da prisão preventiva encontra-se no CPP, especificamente nos artigos 312 e 313 que diz:

“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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

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

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

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

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

IV - ~~(revogado)~~;

§ 1º 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.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”.⁵⁹

Ambos os artigos citados acima, norteiam de forma categórica a aplicação da prisão preventiva e traz consigo, além das características dessa prisão cautelar, as necessidades de suas fundamentações, bem como, os seus requisitos para decretação. Cabe ressaltar que quando se trata do instituto da prisão cautelar, a preventiva, o CPP não é a única legislação expressa a regulamentar tais casos. Há também Leis Complementares e Especiais.

3.6 A PRISÃO PREVENTIVA NA LEGISLAÇÃO ESPARSA

Como dito anteriormente, há outras previsões legais da regulamentação da prisão preventiva, mas os casos cuja previsão não é abarcada pelo CPP, trata-se de situações específicas. Um exemplo é o caso que integra a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) que prevê a chance de deter preventivamente para resguardar vítimas de agressões domésticas.

O artigo 20º da Lei Maria da Penha também informa sobre as questões temporais relacionadas às fases da instrução ou investigação, bem como a decretação do instituto. Em vista disso é importante destacar a lei de forma literal a seguir:

⁵⁹ 1 BRASIL. Código processo penal (1941): decreto de lei n. 3.689, de 3-10-1941. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Legislação). artigos 312 e 313.

"Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial." (BRASIL, 2006)⁶⁰

Outro caso controvertido é o que versa a respeito da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), contemplando também situações nas quais é possível a aplicação da prisão preventiva em determinadas situações ligadas ao tráfico de entorpecentes, com a devida observância do impacto social e da gravidade desse tipo de crime. Nesse sentido, destaca-se também a lei de forma literal a seguir:

"Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos." (BRASIL, 2006)⁶¹

Em suma, a referida Lei impõe restrições rigorosas à liberdade provisória para crimes de tráfico, considerando a gravidade desses delitos. A legislação veda penas alternativas e reforça a aplicação da prisão preventiva para proteger a ordem pública.

3.7 INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DA PRISÃO PREVENTIVA E ANÁLISE DE SUA APLICAÇÃO

A interpretação judicial da prisão preventiva dentro do ordenamento jurídico brasileiro é uma matéria que abrange um equilíbrio sutil entre a preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos e a proteção da sociedade. O artigo 312 do CPP em si mesmo já traz a ideia da necessidade de estabelecer de forma fundamentada na prova substancial da existência do crime e de indícios suficientes de autoria.

Os tribunais brasileiros carregam a interpretação da prisão preventiva assentada nos princípios constitucionais e processuais, observando de forma atenciosa e buscando a proporcionalidade atrelada à necessidade de proteção da sociedade. O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de

⁶⁰ BRASIL. Lei Maria da Penha: LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 05 julho 2024.

⁶¹ BRASIL. Política Nacional sobre Drogas: Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019. Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 05 julho 2024.

Justiça (STJ), em seus julgados, ressaltam a necessidade de fundamentação sólida e específica para decretar tal medida, não devendo elas serem baseadas em suposições genéricas ou meras alegações de magnitude abstrata do crime.

Nesse sentido, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) revogou, por unanimidade, uma prisão preventiva que havia sido decretada com base em elementos já considerados insuficientes pelo próprio STJ em uma decisão anterior relacionada aos mesmos acusados no âmbito do mesmo inquérito, deixando claro a necessidade da devida fundamentação na medida. Essa decisão pode ser vista na ementa do acórdão a seguir:

RECLAMAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DE JULGADO DESTA CORTE QUE RECONHECEU A INIDONEIDADE DOS FUNDAMENTOS LANÇADOS PARA PRORROGAÇÃO DE PRISÃO TEMPORÁRIA. SUPERVENIENTE DECISÃO DE 1º GRAU QUE DECRETA PRISÃO PREVENTIVA, NOS AUTOS DO MESMO INQUÉRITO POLICIAL, VALENDO-SE DE IDÊNTICA MOTIVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO REFLEXO DE DECISÃO DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.

1. Reputado ilegal, em julgado desta Corte, decreto que prorrogou prisão provisória com base em fundamentação tida como abstrata e inidônea, a superveniente decretação de prisão preventiva nos autos do mesmo inquérito policial reprisando idêntica motivação, a título de periculum libertatis, sem o acréscimo de novos fundamentos concretos, consubstancia descumprimento reflexo de ordem emanada deste Tribunal Superior.

2. Situação em que, em habeas corpus julgado por esta Corte, foi considerada ilegal a decisão que prorrogara a prisão provisória de marido e esposa investigados por suposta participação em homicídio qualificado, com amparo na suposição genérica de que os investigados poderiam destruir provas ou influenciar testemunhas, assim como na equivocada concepção de que, em afronta ao princípio constitucional nemo tenetur se detegere, estariam eles obrigados a entregar à autoridade policial evidência (seus aparelhos celulares) não encontrada em busca domiciliar autorizada judicialmente.

Documento: 2165225 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 29/04/2022 Página 1de 4

Tendo em conta, também, que as investigações já se encontravam adiantadas, com a oitiva de diversas testemunhas, realização de perícias e cumprimento de mandados de busca e apreensão, além do fato de que os investigados, ambos primários com residência fixa e emprego lícito, se apresentaram voluntariamente à autoridade policial, foi concedida a ordem de ofício para revogar a prisão temporária dos ora reclamantes, mediante a aplicação das medidas cautelares constantes do art. 319, incisos I, III, IV, e do art. 320, ambos do Código de Processo Penal.

No novo decreto de prisão preventiva, o magistrado de 1º grau voltou a aludir à possibilidade de interferência dos reclamantes em depoimentos de

testemunhas e reafirmou que eles estariam ocultando seus aparelhos celulares em sua residência, mas sem apontar fato concreto apto a demonstrar que teriam agido de qualquer forma para interferir em depoimento de testemunhas ou para destruir provas ou opor obstáculo ilegítimo às investigações.

3. Em situações análogas, a Terceira Seção já reconheceu a existência de descumprimento reflexo de decisão emanada desta Corte quando nova decisão de 1º grau se ampara exclusivamente em fundamentos já considerados inidôneos em julgado deste Superior Tribunal de Justiça que examinara a mesma controvérsia, envolvendo as mesmas partes. Precedentes: Rcl 39.045/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2020, DJe 16/03/2020; Rcl 36.196/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2018, DJe 29/10/2018; Rcl 32.491/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 03/02/2017; Rcl 3.047/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 08/03/2012. Decisões monocráticas: RCL n. 42.646/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 08/02/2022; RCL n. 42.047/SP, Rel. Min. JESUÍNO RISSATO (Desembargador convocado do TJDFT), DJe de 10/09/2021; RCL n. 40.216/SP, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe de 12/06/2020; RCL n. 37.937/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe de 02/10/2019.

4. Reclamação julgada procedente, para cassar a decisão que decretou a prisão preventiva dos reclamantes, determinando o cumprimento das medidas cautelares estabelecidas no Habeas Corpus n. 704.073/AM, sem prejuízo de futura decretação de prisão cautelar ancorada na gravidade concreta da conduta dos reclamantes e em fundamentos idôneos.⁶²

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, relator do caso, destacou que a repetição de uma prisão preventiva com os mesmos fundamentos abstratos e inidôneos de uma decisão anterior, sem apresentar novos elementos concretos, configura descumprimento da ordem emitida pelo tribunal superior, tornando a nova decretação ilegal.

Para que a medida seja justificada, é preciso que existam fundamentos sólidos, como o perigo efetivo de o acusado fugir, a chance de reincidência criminosa, ou a interferência na condução do processo judicial. Diante disso, é notório que sua utilização é a ultima ratio.

Nesse contexto, Luiz Flávio⁶³ afirma que:

⁶² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), Reclamação nº 42.857 - AM (2022/0041090-6), Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Diário da Justiça Eletrônico (DJe) 29-4-2022.

⁶³ GOMES, Luiz Flávio. Et al. Prisões e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: RT 2011, p. 134.

É claríssima, nesse sentido, a letra do art. 310, II. A prisão preventiva, como se verá mais detalhadamente, é a última ratio das medidas cautelares. Ela somente deve ser decretada quando todas as demais medidas cautelares se revelarem inadequadas e insuficientes para o caso concreto. Em outras palavras, a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão passou a ser mais um requisito para o cabimento da prisão preventiva.

A posição dos tribunais em casos emblemáticos reitera a necessidade indubitável da demonstração imprescindível da medida com fundamentação robusta e detalhada, em consonância com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da presunção de inocência. A aplicação criteriosa e fundamentada da prisão preventiva revela-se essencial para evitar abusos e garantir de maneira adequada a justiça no processo penal brasileiro.

No que tange a sua aplicação, a jurisprudência e a doutrina brasileira têm discutido de maneira ampla, reforçando justamente o que foi dito anteriormente quanto a necessidade de uma fundamentação sólida para que se evite a probabilidade de gerar qualquer tipo de abuso. Ainda, nesse sentido, é necessário a devida observância da integralidade da fundamentação das decisões para que o instituto da prisão preventiva não seja banalizado, como destaca Silveira⁶⁴ a seguir:

O caos enfrentado pelo sistema prisional brasileiro, dentre outros fatores, também é reflexo da banalização da prisão preventiva, um fenômeno consistente na utilização indiscriminada e inadequada (devido à inobservância da presença dos requisitos necessários) da medida. Esta realidade é ensejada pela atuação dos magistrados que, no exercício da jurisdição, ignoram os princípios norteadores do sistema processual acusatório, assumindo uma postura direcionada à defesa social em detrimento dos direitos e garantias fundamentais dos imputados. Neste ponto, é importante alertar que, devido à lógica seletiva do sistema penal, os abusos provocados pelo Estado em sede de cautelares recaem, principalmente, sobre os indivíduos pertencentes às camadas mais pobres da população.

O fato de que quase a metade das pessoas recolhidas nos estabelecimentos prisionais brasileiros está segregada cautelarmente, demonstra claramente a gravidade do quadro enfrentado pela prisão preventiva. Segundo o Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, apresentado em 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desconsiderando os indivíduos que se encontram segregados em prisão domiciliar, o número total de presos no país é de 567.655, sendo que 41% deste total estão recolhidos cautelarmente⁶⁵. Considerando esse quantum que beira o

⁶⁴ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 213-244, jul./dez. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/raphaela/Downloads/1734-Texto%20do%20Artigo-3308-1-10-20160627.pdf

⁶⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil.

absurdo, a conclusão que podemos chegar é que a prisão preventiva, mesmo depois da vigência da Nova Lei de Medidas Cautelares, segue sendo utilizada de forma inadequada. Neste sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que há muito tempo monitora a situação da população prisional na América, detectou que, no Brasil, a exemplo do que ocorre em outros países latino-americanos, os problemas relacionados à medida não podem ser considerados uma novidade, tendo em vista que a prisão preventiva sempre foi uma medida utilizada excessivamente, sendo responsável por inúmeros casos de violações dos direitos humanos.⁶⁶

De fato, o sistema prisional brasileiro enfrenta um caos agravado pela banalização da prisão preventiva, justamente por, em alguns casos, ela ser aplicada de forma indiscriminada e sem observar os requisitos necessários. Esse uso inadequado reflete uma prioriza a defesa social em detrimento dos direitos fundamentais, afetando principalmente as camadas mais pobres da população. Com 41% dos presos no Brasil em prisão cautelar, a situação evidencia o emprego de forma excessiva que resulta em violações de direitos humanos.

Segundo Capez, “o encarceramento é sempre a última opção. Assim, o magistrado, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá: (i) substituir a medida; (ii) impor outra em cumulação; ou (iii) em último caso, decretar a prisão preventiva”.⁶⁷

Essa discussão também mostra uma análise crítica de tal medida, no sentido da essencialidade de suas respectivas observâncias normativas para decretação de tal. É importante destacar a utilização da parcimônia e de acordo com os princípios de proporcionalidade e razoabilidade, com o propósito de prevenir violações ao direito fundamental à liberdade.

Junho de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2015.

⁶⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. 2013. p. 14.

⁶⁷ CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.p.137.

4. CRITÉRIOS E FUNDAMENTOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E OS IMPACTOS SOBRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS

No que concerne a utilização da prisão preventiva, cabe ressaltar que esse instrumento é considerado um tipo de medida cautelar cujo caráter é excepcional, e tem como disposição assegurar a conveniência da instrução criminal no processo, a ordem pública, e a aplicação da lei penal.

Os dispositivos previstos nos artigos 312 e 313 do CPP estabelecem os critérios e os alicerces que precisam ser examinados pelo magistrado quando houver a decretação da prisão preventiva. Os critérios que serão analisados a seguir denotam o seu grau de relevância dentro do âmbito processual que envolve a aplicação desse instituto.

4.1 REQUISITOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA: *PERICULUM LIBERTATIS*

Garantia da ordem pública: A prisão preventiva é ordenada para prevenir que o indivíduo, em liberdade, continue cometendo crimes, já que não é possível esperar o desfecho do processo para retirá-lo do convívio social. Trata-se do caso específico de *periculum libertatis*. Em consonância a esta ideia, Fernando Capez⁶⁸ afirma que “sem *periculum libertatis* não há prisão preventiva”.

Conveniência da instrução criminal: Tem como objetivo evitar que o investigado atrapalhe ou impeça a coleta de provas, como ameaçar testemunhas, apagar vestígios associados ao crime, destruir documentos, entre outras ações.

Garantia de aplicação da lei penal: utilizada no caso de uma fuga iminente do acusado, tornando inviável a futura execução da pena.

Garantia da ordem econômica: trata-se de uma similaridade quanto ao requisito “garantia da ordem pública”, cuja hipótese de prisão encontra-se no artigo 312 do Código de Processo Penal.

⁶⁸ CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.p.128.

Descumprimento da medida cautelar imposta: na ocorrência do descumprimento, os magistrados poderão adotar medidas diversas constantes em legislação. Nesse entendimento, Fernando Capez⁶⁹ afirma que:

havendo o descumprimento de qualquer das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, poderá o juiz: (i) substituí-la por outra medida; (ii) impor cumulativamente mais uma; (iii) e, em último caso, decretar a prisão preventiva (CPP, art. 312, parágrafo único). Trata-se aqui da prisão preventiva substitutiva ou subsidiária, a qual somente será decretada excepcionalmente, quando não cabível a substituição da medida cautelar descumprida por outra providência menos gravosa (CPP, art. 282, § 6º). Essa espécie de prisão preventiva difere da concedida autonomamente porque é aplicada depois de frustradas todas as tentativas de se garantir o processo, mediante meios menos traumáticos.⁷⁰

Conforme mencionado no texto, o descumprimento de qualquer medida cautelar prevista no artigo 319 do CPP pode levar o juiz a tomar diferentes ações, como a substituição da medida por outra, a imposição cumulativa de uma nova, ou, em último caso, a decretação da prisão preventiva, conforme previsto no artigo 312, parágrafo único do CPP.

Essa prisão preventiva, conhecida como substitutiva ou subsidiária, é uma medida excepcional, aplicada apenas quando não for possível substituir a medida cautelar descumprida por outra menos gravosa, como disposto no artigo 282, § 6º do CPP. Diferentemente da prisão preventiva autônoma, essa forma de prisão é adotada somente após esgotadas as alternativas menos severas para garantir o andamento do processo.

4.2 DA CONTEMPORANEIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

Para que realmente de fato ocorra o pedido de prisão cautelar por parte do juiz, especificamente a prisão preventiva, é necessário que esteja presente os fundamentos constantes no artigo 312 e 313 do CPP bem como haja a relação destes, com a presença do *periculum libertatis* e do *fumus commissi delicti*.

⁶⁹ CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.p.128.

⁷⁰ Idem. p.128.

Ainda, em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário também, quando da decretação da prisão cautelar, a existência de características da atualidade.

Guilherme Madeira Dezem, nesse sentido, ao abordar o tema, afirma que “As medidas cautelares somente podem ser impostas caso haja a característica da atualidade. Vale dizer, a medida cautelar deve estar relacionada a uma circunstância que seja contemporânea à sua imposição”.⁷¹

Nesse mesmo sentido também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“a prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, do caráter abstrato do crime ou do ato processual praticado (CPP, art. 312, § 2º). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu apresenta para os meios ou os fins do processo penal conforme dispõe o CPP, arts. 312 e 315”.⁷²

Portanto, a ausência de contemporaneidade na ordem de prisão preventiva elimina a necessidade urgente de restringir a liberdade individual, tornando essa medida ilegal e desnecessária.

4.3 REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS

Os requisitos preenchidos pela tutela cautelar tratam dos pressupostos necessários para a decretação da prisão cautelar. Dentro do direito brasileiro, especificamente no âmbito processual civil, temos o *Periculum In Mora* e o *Fumus Boni Iuris* que são figuras utilizadas para o preenchimento de requisitos ligados a necessidade de urgência em algumas tutelas utilizadas no processo civil, a teor do que é expresso no Código de Processo Civil (CPC), Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015, e que também são requisitos imprescindíveis para a obtenção de medidas de natureza cautelar.

⁷¹ DEZEM, Guilherme Madeira, Curso de Processo Penal (livro eletrônico) / Guilherme Madeira Dezem: coordenadores Darlan Barroso, Marco Antonio Araujo Junior, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 288.

⁷² 1 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), Habeas Corpus 633.110/MG, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Diário da Justiça Eletrônico (DJe) 19-3-2021.

No âmbito processual penal, não funciona de maneira muito distinta, pois, também é necessário medidas que ensejam o caráter de urgência na decretação da prisão cautelar para que esta seja designada pelo magistrado responsável pelo caso concreto. Nesse mesmo sentido, depreende-se o entendimento firmado por Fernando Capez⁷³:

Somente poderá, no entanto, ser decretada quando preenchidos os requisitos da tutela cautelar (*fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*). Nesse sentido, dispõe o art. 312 do CPP que a prisão preventiva poderá ser decretada: (i) para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum libertatis*) + (ii) quando houver prova da existência do crime, indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*) e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Não existe prisão preventiva obrigatória, pois, nesse caso, haveria uma execução antecipada da pena privativa de liberdade, violando o princípio do estado de inocência. Se o sujeito for preso sem necessidade de se acautelar o processo, tal prisão não será processual, mas verdadeira antecipação da execução da pena, sem formação de culpa e sem julgamento definitivo.⁷⁴

O *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, presentes no fato de uma relação jurídica em análise, reforçam justamente o caráter de urgência da medida e o preenchimento dos pressupostos fundamentais para que haja de fato uma legalidade no procedimento adotado.

Outro fator de atenção, é justamente o momento da decretação por parte do juiz que poderá ocorrer em qualquer fase do processo penal ou da investigação policial, atentando-se ao requerimento que poderá ser por intermédio do Ministério Público, do assistente ou querelante, ou até mesmo por representação da autoridade policial. Cabe ressaltar que com a ausência de quaisquer requisitos fundamentais, não poderá se falar em decretação de prisão preventiva, nem mesmo quando houver qualquer tipo de “clamor popular, o que ocorre nos casos em que a graveza do delito atinge a sociedade, e como método punitivo imediato, trajado de vingança, há a deliberação para uma prisão ilícita”.⁷⁵

⁷³ CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.p.127.

⁷⁴ Idem .p.127.

⁷⁵ Vale ressaltar que: O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se, midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento). Explorado midiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento

Como aponta Sanguiné:

“quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza”⁷⁶

A repercussão geral é de que tal medida, a prisão preventiva, só deve ser usada de maneira extrema e necessária, pois, do contrário poderá ensejar na violação de direitos fundamentais.

4.4 IMPACTO DA PRISÃO PREVENTIVA SOBRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS

Sem sombra de dúvidas a privação de liberdade, em virtude do encarceramento pela prisão preventiva, enquanto medida cautelar no ordenamento jurídico brasileiro, representa um significativo impacto em relação aos direitos fundamentais do processado.

Importante destaque cabe no âmbito da execução da prisão preventiva e a sua correlação sobre a presunção de inocência e os direitos relacionados à dignidade humana e à liberdade.

Nesse sentido, convém destacar também a ênfase dada por Fernando Capez:

Consoante a Súmula 9 do STJ, a prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII), mesmo porque a própria Constituição admite a prisão provisória nos casos de flagrante (CF, art. 5º, LXI) e crimes inafiançáveis (CF, art. 5º, XLIII). Pode, assim, ser prevista e disciplinada pelo legislador infraconstitucional, sem ofensa à presunção de inocência.⁷⁷

da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um “clamor social” diante dos fatos... Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática apontada nunca existiu; trata-se de argumento forjado. LOPES Jr., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.p.779.

⁷⁶ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. Revista de estudos criminais, Porto Alegre: nota Dez, nº 10, 2003.p.114.

⁷⁷ CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024. p.127.

Segue na mesma linha ideológica, o trecho extraído da jurisprudência, no sentido de não haver a violação do referido princípio pelo mantimento do acusado no cárcere:

EMENTA: HABEAS CORPUS - DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA - LATROCÍNIO - REQUISITOS SUBJETIVOS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL – INEXISTÊNCIA. É impossível conceder liberdade provisória ao acusado de crime de roubo qualificado pelo emprego de arma, concurso de agentes e restrição de liberdade da vítima, pois se trata de delito de natureza grave, inafiançável, o qual deve ser tratado com severidade, recomendando a segregação do réu, sendo irrelevantes os fatos de ser primário, possuir bons antecedentes e ocupação lícita, sendo certo que a manutenção do recolhimento não representa vulneração ao princípio da presunção de inocência, o qual não se contrapõe à necessidade da tutela cautelar por não se constituir em antecipada admissibilidade de culpa do réu, mas atendimento dos requisitos inscritos no art. 312 e seguintes do CPP." (TACrim/SP - HC 402.786/3 - São Paulo - 14ª Câmara - Relator: Oldemar Azevedo - j. 05/03/2002 - V.U. apud MINAS GERAIS, T.J. AP. Nº 1.0000.07.462078-2/000. Rel. Desembargador Walter Pinto da Rocha. 2007).⁷⁸

Tourinho Filho também traz um importante destaque sobre o tema:

Em face do exposto, que tem o apoio da melhor doutrina, chega-se à conclusão inarredável de que a prisão preventiva, pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, só se justifica quando presente uma destas circunstâncias: “conveniência da instrução criminal” e “asseguramento da aplicação da lei penal”. Desse modo toda e qualquer prisão provisória eu supere esse limite é ilegítima, arbitrária, visto que contaria ao princípio da “presunção de inocência”, dogma de fé. A prisão preventiva é permitida, única e exclusivamente, para os fins do processo penal.⁷⁹

Também, nessa linha de pensamento, está a interpretação de Delmanto Junior:

Facilmente vislumbráveis (...) são a conveniência da instrução criminal e o asseguramento da aplicação da lei penal, pilares de toda e qualquer custódia provisória. Esses dois requisitos, por si sós, traduzem a essência de toda medida cautelar e, a priori, bastariam à tutela do bom andamento do processo e da efetivação de seu resultado.⁸⁰

É inegável que o conteúdo em questão gera grande debates na atualidade, tanto na doutrina, como na jurisprudência, no que diz respeito à violação do princípio

⁷⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Habeas corpus – decreto de prisão preventiva - latrocínio - requisitos subjetivos favoráveis - irrelevância - constrangimento ilegal – inexistência. AP. Nº 1.0000.07.462078-2/000. Rel. Desembargador Walter Pinto da Rocha. p. 01-07. D.J. 10/11/2007.

⁷⁹ TOURINHO FILHO; Fernando da Costa. Processo penal. v3. São Paulo: Saraiva, 2004.p.503.

⁸⁰ DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.172.

da liberdade em relação à prisão preventiva, mas de fato, mesmo que com sua devida relevância, esse tema não é objeto deste trabalho.

Os impactos gerados no acusado, quando da aplicação desse instituto, permeiam toda a sua família, gerando também consequências econômicas sobre eles. A privação da liberdade acarreta a interrupção imediata das atividades laborais, com a suspensão de renda ocorrendo de maneira imediata também, resultando na vulnerabilidade econômica familiar do indivíduo que é classificado como arrimo de família.

Além disso, há questões ligadas também a dignidade humana do acusado quando este encontra-se no cárcere, ficando vulnerável também a outras mazelas e estigmas deste reduto. Diante de tal fato, é estabelecido por Lei que os magistrados devem, por imcumbência, sobrepesar os prejuízos possíveis que podem afetar o indivíduo que encontra-se ou estar em meios de ir para o cárcere. Dentre tantos riscos, citamos os casos específicos que envolvem o vírus do HIV que atinge aproximadamente um terço da população carcerária⁸¹, problemas físicos e psíquicos, insuficiência cardíaca, pneumonia e tuberculose. Esse fato fica demonstrado de forma notória quando da percepção da necessidade de melhorias no sistema prisional brasileiro, não apenas por fatores ligados ao citados anteriormente, mas em um contexto de forma geral.

⁸¹ Importante destacar: Desde 2016, o Brasil reconhece as pessoas privadas de liberdade como uma das cinco populações-chave no contexto de resposta à epidemia do HIV/aids no país, seguindo as Resoluções do High Level Meeting on Ending Aids (Encontro de Alto Nível para o Fim da Aids 2016), do UNAIDS. Entende-se por populações chave aquelas que apresentam casos de infecção de HIV mais altos do que entre a população geral e por epidemia concentrada quando um determinado agravo atinge um segmento populacional em 5%, enquanto que na população geral os casos representam menos de 1% (UNAIDS/WHO, 2002). No Brasil foram realizadas pesquisas que apontaram prevalências de 0,4% na população geral; 18,4% entre gays e outros homens que fazem sexo com homens; uma faixa de 16,9% a 36,7% junto às mulheres trans e travestis; 5,3% entre as mulheres cis trabalhadoras do sexo; e 5% para as pessoas que usam crack. Embora ainda não exista um levantamento nacional que aponte a situação epidemiológica do HIV entre as pessoas privadas de liberdade é possível considerar que essa população está em situação de maior vulnerabilidade para o HIV do que a população em geral. O Boletim Epidemiológico de HIV/Aids publicado em dezembro de 2021, apresenta a detecção do HIV em 32,7 mil pessoas e foram identificados 29,9 mil casos de aids na população brasileira. Embora os casos de aids tenham demonstrado redução a partir da adoção do tratamento para todas as pessoas vivendo com HIV, ainda permanece em patamar elevado. Dessa forma, todos os esforços são necessários para a prevenção de novos casos de HIV e a redução dos casos de aids, sobretudo para as pessoas em situação de maior vulnerabilidade.

Disponível em: <
https://www.gov.br/aids/pt-br/assuntos/noticias/2022/dezembro/ministerios-assinam-termo-de-cooperacao-tecnica-visando-a-qualificacao-das-acoes-de-saude-no-sistema-prisional/sei_mj-19160725-plano-de-trabalho-1.pdf > Acesso em: 7 jul. 2024.

Nesse mesmo sentido, expõe Bitencourt que:

As mazelas da prisão não são privilégios apenas de países do terceiro mundo. De modo geral, as deficiências prisionais compendiadas na literatura especializada apresentam muitas características semelhantes: maus tratos verbais (insultos, grosserias etc.) ou de fato (castigos sádicos, crueldades injustificadas e vários métodos sutis de fazer o recluso sofrer sem incorrer em evidente violação do ordenamento etc.); superlotação carcerária, o que também leva a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar (a população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita grande quantidade de abusos sexuais e de condutas inconvenientes); falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundícies nas celas, corredores, cozinhas, etc.); condições deficientes de trabalho, que podem significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou o ócio completo; deficiência nos serviços médicos, que pode chegar, inclusive, a sua absoluta inexistência; assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva (em caso de delinquentes políticos ou dissidentes pode-se chegar a utilizar a psiquiatria como bom pretexto científico para impor determinada ordem ou para convertê-lo em um castigo civilizado); regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas, muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários, que permitem e até realizam o tráfico ilegal de drogas; reiterados abusos sexuais, nos quais normalmente levam a pior os jovens reclusos recém-ingressos, sem ignorar, evidentemente, os graves problemas de homossexualismo e onanismo; ambientes propícios à violência, em que impera a utilização de meios brutais, onde sempre se impõe o mais forte.⁸²

Dentro desse contexto, é possível verificar a seriedade que integra a privação de liberdade de um indivíduo, principalmente quando essa privação ocorre de maneira injusta e arbitrária. Isso mostra mais ainda a importância do dever do Estado de ter que garantir o mínimo de dignidade humana quando da utilização do instituto da prisão preventiva.

4.5 SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

A aplicação da prisão preventiva traz alguns reflexos para o sistema judiciário brasileiro, bem como para o sistema carcerário. Sua aplicação deve ser uma exceção, pois, a privação da liberdade de um indivíduo é algo muito frágil do ponto de vista social, visto que o cárcere as obriga a viver às margens da sociedade. Além disso, há também a violência encontrada nesse ambiente, bem como a disfunção relacionada ao objetivo precípua do cárcere que é a ressocialização do indivíduo e a aprendizagem do isolamento, dado que o mesmo passa a ter mais contatos com elementos de organizações criminosas e ficam regidos sob a égide da hierarquia

⁸² BITTENCOURT, César Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva. 2004.p.156.

que integra esse tipo de ambiente, fazendo com que o local de cumprimento de pena seja categorizado como uma “escola do crime”.

Nesse sentido, afirma Ana Paula de Barcellos:

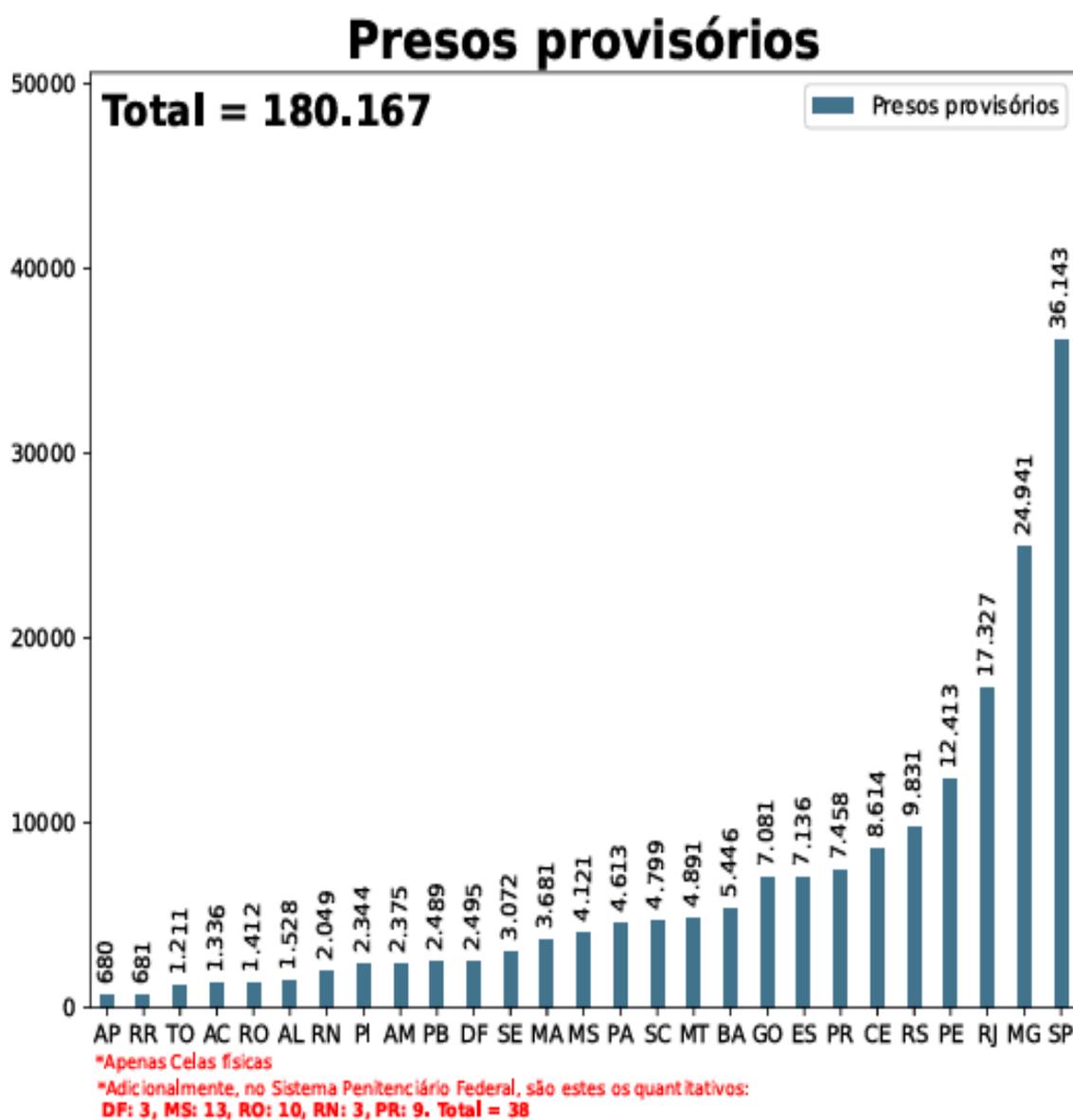
[...] o tratamento desumano acaba por brutalizar completamente o indivíduo e retirar-lhe toda a perspectiva de uma vida fora da criminalidade; o preso não recebe qualquer treinamento ou orientação profissional para, uma vez livre, ser capaz de sustentar-se por meio do trabalho etc. Seja como for, o que se observa é que a probabilidade de o indivíduo cometer novos crimes após ter passado algum tempo no sistema prisional brasileiro é bastante alta.⁸³

A negligência sobre a temática revela o descaso dado pelos poderes adotados no sistema brasileiro, bem como o sobrecarregamento das instâncias responsáveis por revisar os casos, visto que é intensa a quantidade de Habeas Corpus impetrada pela defesa do acusado com o objeto de revogar ou relaxar a prisão do indivíduo.

Em atenção a todos esses fatores, é inevitável o crescimento e a quantidade em percentual da população prisional no Brasil. A figura a seguir mostra o último relatório de informações penais (RELIPEN) disponível no 2º semestre de 2023 e gerado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN).

⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo, v. 254, n.3 , p. 1-27 , maio. 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074> . Acesso em: 07. jul. 2024.

Figura 1 - População prisional no Brasil segundo semestre de 2023



Fonte: SENAPPEN (2024).

Em números, o quadro abaixo também evidencia a mesma população prisional com seus respectivos estados.

Quadro 1 - População prisional no Brasil segundo semestre de 2023

UF	Presos provisórios	UF	Presos provisórios	UF	Presos provisórios
AC	1.336	MA	3.681	RJ	17.327
AL	1.528	MG	24.941	RN	2.049
AM	2.375	MS	4.121	RO	1.412
AP	680	MT	4.891	RR	681
BA	5.446	PA	4.613	RS	9.831
CE	8.614	PB	2.489	SC	4.799
DF	2.495	PE	12.413	SE	3.072
ES	7.136	PI	2.344	SP	36.143
GO	7.081	PR	7.458	TO	1.211

Fonte: SENAPPEN (2024).

Esses dados mostram a preocupante quantidade e expressiva massa carcerária do país, principalmente se for levado em consideração a capacidade de cada unidade prisional. Esse fator se acentua quando se é considerado a utilização de forma indistinta do instituto de prisões provisórias em relação aos direitos humanos.

Nesse sentido e diante de tal cenário, passa-se a buscar outras alternativas ligadas ao tema para que seja mantida de toda maneira e de forma harmônica a ordem pública e a garantia dos direitos fundamentais relacionados ao objeto resultante do cárcere, em questão, as prisões.

Vale ressaltar o que expressa Marden e Paula em seu artigo:

As ações de alternativas penais ao encarceramento deverão reduzir principalmente o número de presos provisórios por meio da adoção de medidas judiciais alternativas nas audiências de custódia, ou, por exemplo, por meio da utilização de tecnologia como as tornozeleiras eletrônicas. Essas ações conjugadas com uma política de Estado voltada para o egresso do sistema prisional poderão barrar a tal retroalimentação do encarceramento em massa.

Nesse sentido, as vulnerabilidades e as iniquidades da população privada de liberdade podem ser compreendidas a partir de sua demografia que apontam os problemas estruturais do sistema prisional.

Atualmente o judiciário manda prender sujeitos em unidades prisionais que, além de extremamente superlotadas, são estruturas majoritariamente antigas e demandantes de reformas, indicadores que dificultam o acesso da população prisional às assistências que lhe garantam o mínimo de dignidade humana.⁸⁴

Essas ações alternativas, previstas no nosso ordenamento jurídico, são fundamentais quando utilizadas de forma correta para o bom andamento do processo criminal e auxilia de forma satisfatória no alcance da melhoria do sistema carcerário.

4.6 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Após a reforma incorporada pela Lei nº 12.403/2011, houve diversas mudanças significativas no que se refere às medidas cautelares no processo penal brasileiro, fazendo com o que o magistrado tivesse mais alternativas à prisão preventiva e demonstrando de forma representativa a evolução do direito processual penal.

A referida reforma mostrou a necessidade de que estivesse presente no CPP as medidas cautelares diversas da prisão, principalmente aquelas que já se encontravam na legislação esparsa para que se pudesse ter uma linguagem jurídica única e diferenciada, no que se refere à maneira processual. Nesse sentido, afirma Andrade em seu texto:

É inegável que a reforma processual penal operada pela Lei nº 11.403/2011 proporcionou um importante avanço em nossa legislação. Como se sabe, embora a legislação esparsa já apresentasse medidas cautelares diversas da prisão – ainda que não com esse nome –, era preciso que elas estivessem presentes no CPP, como mínimo para deixar patente não só tal possibilidade, mas também para superar a questão de gênero até então imperante.⁸⁵

⁸⁴ MARDEN, Filho e Bueno, Paula. Demografia, vulnerabilidades e direito à saúde da população prisional brasileira, Scielo Brazil, Brasília DF, Ciênc. saúde colet. 21 (7). p.10.Jun 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/MztrXvhhdHyWD8GNn8hfT4h/?format=pdf&lang=pt>

⁸⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. A atuação do Ministério Público frente às medidas cautelares pessoais. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 209-225, dez. 2013. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74833>

Evidenciou a necessidade de incluir no Código de Processo Penal (CPP) medidas cautelares alternativas à prisão, visando unificar a linguagem jurídica e aprimorar o processo penal. Como destacado acima, essa reforma representou um avanço significativo, pois sua inclusão no CPP era essencial para consolidar essa possibilidade e superar questões de gênero anteriormente predominantes. Assim, a reforma trouxe uma padronização e clareza que faltavam à legislação penal brasileira.

Com o objetivo de garantir e assegurar a efetividade do processo penal e sem a exigência de privação de liberdade do acusado, as medidas cautelares diversas da prisão também passam uma imagem de maior garantia quando aplicada em relação aos princípios da dignidade humana e da presunção de inocência.

Como definição, Renato Marcão afirma que seu conceito paute-se em:

As medidas cautelares diversas da prisão são restrições ou obrigações que podem ser fixadas de forma isolada ou cumulativa em detrimento daquele a quem se imputa a prática de determinada infração penal, durante a fase de investigação policial, no curso do processo penal e mesmo por ocasião de sentença condenatória ou decisão de pronúncia, com vistas a permitir a aplicação da lei penal; o êxito da investigação ou instrução criminal, bem como evitar a prática de novas infrações penais e o encarceramento cautelar tradicional.⁸⁶

Com previsão legal no CPP, as medidas cautelares diversas da prisão integram o rol taxativo presente nos artigos 319 e 320 e devem ser utilizadas, de maneira fundamentada pelo juiz quando possível sua aplicação no momento em que se mostra a dispensabilidade da prisão preventiva mediante o caso evidenciado. Sua utilização também contribui de forma essencial para a efetivação de um processo penal democrático com o devido respeito aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, conforme expresso também por Renato Marcão, as medidas cautelares diversas da prisão são:

⁸⁶ MARCÃO, Renato. Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas / Renato Marcão — 2. ed. rev. e ampl., São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Liberdade provisória 2. Medidas cautelares restritivas 3. Prisão cautelar I. Título. CDU-343.126p.136.

[...] “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” (art. 319).

O art. 320 do CPP refere-se destacadamente à proibição de ausentar-se do país, dizendo que a imposição de tal medida será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 horas.⁸⁷

A diversidade contida na letra da lei mostra que não é possível a concessão de forma indiscriminada destas medidas, pois são consideradas constrictivas ou restritivas de direito. Ademais, convém ressaltar a necessidade de observância a um pressuposto indispensável às estas medidas que é justamente a existência de imputação associada à prática de transgressão, podendo a mesma ser decretada somente pelo juiz natural, o juiz competente, “durante a investigação policial ou no curso do processo penal (§ 2º do art. 282); no momento da sentença condenatória (parágrafo único do art. 387) ou da decisão de pronúncia (§ 3º do art. 413)”.⁸⁸

Importante destaque cabe no sentido de que a utilização dessas medidas têm um impacto significativo na redução da superlotação carcerária e na preservação dos direitos fundamentais dos acusados. Elas proporcionam uma alternativa eficaz à prisão preventiva, permitindo que o acusado responda ao processo em liberdade, desde que respeitadas as condições impostas pelo juiz.

⁸⁷ MARCÃO, Renato. Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas / Renato Marcão — 2. ed. rev. e ampl., São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Liberdade provisória 2. Medidas cautelares restritivas 3. Prisão cautelar I. Título. CDU-343.126p.136.

⁸⁸ MARCÃO, Renato. Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas / Renato Marcão — 2. ed. rev. e ampl., São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Liberdade provisória 2. Medidas cautelares restritivas 3. Prisão cautelar I. Título. CDU-343.126p.137.

Em conclusão, as medidas cautelares diversas da prisão representam um avanço importante no direito processual penal brasileiro, proporcionando um equilíbrio entre a necessidade de garantir o êxito do processo penal e a preservação dos direitos fundamentais dos acusados. A correta aplicação dessas medidas, pautada pelos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, é essencial para a construção de um sistema penal mais justo e humano.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente análise sobre a aplicação da prisão preventiva no contexto jurídico brasileiro revela um panorama complexo e repleto de desafios, onde o equilíbrio entre a segurança pública e os direitos fundamentais se mostra fundamental. Ao longo deste tema, foi possível constatar que a prisão preventiva, enquanto medida cautelar extrema, carrega consigo determinados impactos sobre a vida dos acusados.

A sua aplicação no Brasil é um tema de extrema relevância social, política e econômica na atualidade. Todavia, uma aplicação indiscriminada pode levar a graves violações dos direitos individuais, especialmente o direito à liberdade e a presunção de inocência. A sociedade brasileira, caracterizada por profundas desigualdades econômicas e sociais, é frequentemente testemunha de ocorrências nas quais a prisão preventiva é utilizada de maneira excessiva ou inadequada, afetando principalmente as camadas mais vulneráveis da população.

A análise da legislação vigente revelou a importância e a necessidade de aplicações sólidas da legislação para que se alinhe a aplicação da prisão preventiva aos princípios constitucionais de presunção de inocência e proteção dos direitos humanos, em suma, o direito à liberdade e à dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos estabelecem balizas claras para a proteção dos direitos fundamentais, entre os quais se destacam a presunção de inocência e o direito à liberdade. Esses preceitos devem orientar a atuação dos magistrados ao decidir pela decretação da prisão preventiva, que deve ser sempre vista como uma medida de exceção. O sistema de justiça criminal brasileiro, porém, enfrenta críticas pela aplicação desproporcional e, em alguns casos, arbitrária dessa medida.

Além disso, foram discutidas sugestões para ampliar o uso de medidas cautelares diversas da prisão, conforme previsto na Lei nº 12.403/2011, como alternativas que garantam a eficácia do processo penal sem a necessidade de restrição de liberdade. Essas medidas não apenas promovem um sistema mais

justo, mas também mitigam os impactos sociais e econômicos da superlotação carcerária.

Observou-se que, embora seja uma medida cautelar necessária em alguns casos para assegurar a eficácia da investigação e a aplicação da lei penal, deve ser aplicada com critérios claros e justificados. Propõe-se, portanto, o desenvolvimento de diretrizes mais precisas para sua decretação, baseadas em fundamentos sólidos como o risco efetivo de fuga, a possibilidade de reiteração delitiva ou a interferência na instrução processual.

É incontestável que a prisão cautelar apresenta efeitos nocivos significativos, como o cerceamento da liberdade antes da comprovação de culpa, contribuindo para a superlotação carcerária, quando aplicada de forma indiscriminada. Parte dessa população carcerária é composta por presos provisórios que poderiam estar cumprindo medidas alternativas. As alterações no CPP advindas em virtude da Lei n. 12.403/11 tem contribuição efetiva, visando evitar prisões ilegais e estigmatizantes, além de promover a separação adequada entre presos provisórios e presos definitivos.

Os efeitos sobre os acusados são significativos e multifacetados, abrangendo desde a privação da liberdade até a exposição a um ambiente carcerário frequentemente insalubre e violento. A dignidade humana dos presos provisórios é constantemente ameaçada, tanto pelas condições físicas das prisões quanto pelos impactos psicológicos e sociais do encarceramento. Esse contexto reforça a importância de se buscar alternativas menos gravosas e mais humanas para a gestão da justiça penal.

Para que possa ser garantido a presunção de inocência e proteger os direitos humanos dos acusados, recomenda-se uma interpretação rigorosa e sólida dos critérios para a prisão preventiva, priorizando sempre medidas cautelares diversas da prisão quando adequadas. A aplicação equilibrada e justa da prisão preventiva é crucial para fortalecer o Estado Democrático de Direito no Brasil, assegurando a efetividade do sistema de justiça sem violar os princípios constitucionais essenciais ao processo penal.

É imperativo que o sistema de justiça criminal brasileiro se alinhe com os princípios de um Estado Democrático de Direito, onde a proteção dos direitos humanos e a garantia da dignidade individual estejam no centro das decisões judiciais. A prisão preventiva, ao ser aplicada de forma indiscriminada, não apenas compromete esses princípios, mas também perpetua um ciclo de violência e exclusão que fragiliza a sociedade como um todo.

Portanto, conclui-se que a aplicação legislativa de maneira sólida e a humanização do sistema penal brasileiro passam, necessariamente, pela revisão da aplicação da prisão preventiva. A efetiva implementação de medidas cautelares alternativas, acompanhada de um fortalecimento dos direitos fundamentais e de uma gestão mais eficiente dos recursos públicos, representa um caminho viável e necessário para a construção de uma justiça mais equilibrada e justa. A responsabilidade dos magistrados, advogados, promotores e demais atores do sistema de justiça é crucial nesse processo, exigindo um compromisso contínuo com a defesa dos princípios constitucionais e a promoção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. A atuação do Ministério Público frente às medidas cautelares pessoais. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 209-225, dez. 2013. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74833>.

BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão: causa e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal : parte geral, 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto, Falência da pena de prisão - Causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Art. 302.

BRASIL. Código processo penal (1941): decreto de lei n. 3.689, de 3-10-1941. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Legislação). artigos 312 e 313.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Junho de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Rio de Janeiro, RJ, 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 4 ago. 2024.

BRASIL. Decreto 2.110, de 30 de setembro de 1909. Estabelece penas para os crimes de peculato, moeda falsa, falsificação de documentos e dá outras providencias. Rio de Janeiro, RJ, 30 set. 1909. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-2110-30-setembro-1909-580312-publicacaooriginal-103262-pl.html>>. Acesso em: 4 ago. 2024.

BRASIL. Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871. Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de Setembro do corrente anno, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciaria. Rio de Janeiro, RJ, 22 nov. 1871. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm>. Acesso em: 4 ago. 2024. Veja-se: “Art. 29. Ainda antes de iniciado o procedimento da formação da culpa ou de quaesquer diligencias do inquerito policial, o Promotor Publico, ou quem suas vezes fizer, e a parte queixosa poderão requerer, e a autoridade policial representar, acerca da necessidade ou conveniencia da prisão preventiva do réo indiciado em crime inafiançavel, apoiando-se em prova de que resultem vehementes indicios de culpabilidade, ou seja confissão do mesmo réo ou documento ou declaração de duas testemunhas; e, feito o respectivo autuamento, a

autoridade judiciaria competente para a formação da culpa, reconhecendo a procedencia dos indícios contra o arguido culpado e a conveniencia de sua prisão, por despacho nos autos a ordenará, ou expedindo mandado escripto, ou requisitando por communicação telegraphica, por aviso geral na imprensa ou por qualquer outro modo que faça certa a requisição. § 1º Independente de requerimento da parte accusadora ou representação da autoridade policial, poderá do mesmo modo o Juiz formador da culpa, julgando necessario ou conveniente, ordenar ou requisitar, antes da pronuncia, a prisão do réo de crime inafiançavel, se tiver colligido ou lhe fôr presente aquella prova de que resultem vehementes indícios da culpabilidade do dito réo. § 2º A autoridade policial e os Juizes de Paz deverão fazer prender os indiciados culpados de crimes inafiançaveis, descobertos em seus districtos, sempre que tiverem conhecimento de que pela autoridade competente para a formação da culpa foi ordenada essa captura, ou porque recebessem directa requisição ou por ser de notoriedade publica que o Juiz formador da culpa a expedira. Executada a prisão, immediatamente o preso, será conduzido á presença do mesmo Juiz para delle dispôr. § 3º Não poderá ser ordenada ou requisitada nem executada a prisão de réo não pronunciado, se houver decorrido um anno depois da perpetração do crime”.

BRASIL. Lei Maria da Penha: LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 05 julho 2024.

BRASIL. Política Nacional sobre Drogas: Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019. Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 05 julho 2024.

BVERFGE 125, 175, 222 – Hartz IV; entretanto provavelmente também doutrina dominante: Dreier, in: Dreier, GG, vol. 1, 3. ed., sobre o art. 1º, n. 1, n. m. 121, apud MICHAEL, Lothar Direitos fundamentais / Lothar Michael e Martin Morlok; tradução de [Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco]. – São Paulo : Saraiva, 2016. – (Série IDP : Linha direito com- parado).

CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.

CARLOS García Valdés, Estudios de derecho penitenciario, p. 14, apud BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão: causa e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARLOS García Valdés, Estudios de derecho penitenciario, p. 15, BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão: causa e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARLOS García Valdés, Estudios, p. 19, apud BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão: causa e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cf. BRASIL. 1832, que regulava a culpa formada como conjunto de provas advindo

de interrogatório, oitivas, perícias, documentos.

Cf. BRASIL. 1832, que regulava a culpa formada como conjunto de provas advindo de interrogatório, oitivas, perícias, documentos. Id. Vejam-se as principais regras da fiança: “Art. 100. Nos crimes, que não tiverem maior pena do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o réo livrar-se solto. Também poderá livrar-se solto, nem mesmo será conservado na prisão, se nella já estiver, prestando fiança idonea nos crimes não exceptuados no artigo seguinte” e “Art. 101. A fiança não terá lugar nos crimes, cujo maximo da pena fôr: 1º morte natural: 2º galés: 3º seis annos de prisão com trabalho: 4º oito annos de prisão simples: 5º vinte annos de degredo”.

CLAUS Roxin, A culpabilidade como critério limitativo da pena, Revista de Direito Penal, n. 11/12, 1974, p. 17, apud BITENCOURT, Cezar Roberto, Falência da pena de prisão - Causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. 2013. p. 14.

CURSO de processo penal, 7. ed., Saraiva, 1990, v. 2, p. 48, apud CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.

DARIO Melossi e Massimo Pavarini, Cárcel y fábrica, p. 32. É oportuno registrar que Melossi e Pavarini não aceitam o fim corretivo atribuído às workhouses, apud BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão: causa e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DE BARCELLOS, Ana Paula. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo, v. 254, n.3 , p. 1-27 , maio. 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074> . Acesso em: 07. jul. 2024.

DE BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103, apud SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana / Ricardo Maurício Freire Soares. – 2. ed. – São Paulo : SaraivaJur 2024.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEZEM, Guilherme Madeira, Curso de Processo Penal (livro eletrônico) / Guilherme Madeira Dezem: coordenadores Darlan Barroso, Marco Antonio Araujo Júnior, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 288.

DREIER, in: Dreier, GG, vol. 1, 3. ed., sobre o art. 1o, n. 1, n. m. 126: “outra coisa parece dificilmente imaginável”. Art. 1o, n. 1, da Lei Fundamental como direito

fundamental, tratado terminologicamente de maneira imparcial: BVerfGE 1, 97, 99, 104 – Hinterbliebenenrente (pensão de sobrevivência) I; Como aqui: Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, vol. 1, 6. ed. 2010, sobre o art. 1o, n. 1, n. m. 31, apud MICHAEL, Lothar Direitos fundamentais / Lothar Michael e Martin Morlok; tradução de [Antônio Francisco de Sousa e António Franco]. – São Paulo : Saraiva, 2016. – (Série IDP : Linha direito com- parado).

DÜRIG, in: Maunz/Dürig, GG (iniciada em 1958), sobre o art. 1, n. m. 4; Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, p. 92 e s., 380 e s.: “a dignidade humana está anteposta, em jeito de preâmbulo, aos direitos fundamentais”, apud MICHAEL, Lothar Direitos fundamentais / Lothar Michael e Martin Morlok; tradução de [Antônio Francisco de Sousa e António Franco]. – São Paulo : Saraiva, 2016. – (Série IDP : Linha direito com- parado).

ELEMENTOS de direito processual penal, cit., 1. ed., v. 4, p. 64, apud CAPEZ, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 31. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2024.

ELÍAS Neuman, Evolución de la pena, p. 29, BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão: causa e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILIPPO Gramatica, Principii di difesa sociale, p. 36, apud BITENCOURT, Cezar Roberto, Falência da pena de prisão - Causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis, Vozes, 1987.

FRANCISCO Tomas y Valiente, El derecho penal de la Monarquía Absoluta, p. 356, apud BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão: causa e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Jaime Walmer de. Prisão temporária. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 106.

GARCIA, 1945, p. 160-172, apud PRADO, Luiz Regis Prisão Preventiva: a contramão da modernidade / Luiz Regis Prado, Diego Prezzi Santos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Et al. Prisões e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: RT 2011, p.

HAMILTON, Bernard. *The Medieval Inquisition*. Holmes & Meier Publishers, 1981.

HANS von Hentig, La pena, v. 2, p. 185, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012.
HARDING, Alan. *Medieval Law and the Foundations of the State*. Oxford University Press, 2002.

HILDE Kaufmann, Principios para la reforma de la ejecución penal, p. 17 e s, apud BITENCOURT, Cezar Roberto, Falência da pena de prisão - Causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

LOPES Jr., Aury Direito Processual Penal / Aury Lopes Jr. - 21. ed. - São Paulo : SaraivaJur, 2024.

LUIS Garrido Guzman, Manual de Ciencia Penitenciaria, p. 73, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 28.

MANUAL, p. 77, apud BITENCOURT, César Roberto. Falência da pena de prisão: causa e alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCÃO, Renato. Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas / Renato Marcão — 2. ed. rev. e ampl., São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Liberdade provisória 2. Medidas cautelares restritivas 3. Prisão cautelar I. Título. CDU-343.

MARDEN, Filho e Bueno, Paula. Demografia, vulnerabilidades e direito à saúde da população prisional brasileira, Scielo Brazil, Brasília DF, Ciênc. saúde colet. 21 (7). p.10.Jun 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/MztrXvhhdHyWD8GNn8hfT4h/?format=pdf&lang=pt>
MICHAEL, Lothar Direitos fundamentais / Lothar Michael e Martin Morlok; tradução de [Antônio Francisco de Sousa e António Franco]. – São Paulo : Saraiva, 2016. – (Série IDP : Linha direito com- parado).

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Habeas corpus – decreto de prisão preventiva - latrocínio - requisitos subjetivos favoráveis - irrelevância - constrangimento ilegal – inexistência. AP. Nº 1.0000.07.462078-2/000. Rel. Desembargador Walter Pinto da Rocha. p. 01-07. D.J. 10/11/2007.

NUCCI, Guilherme de Souza, 1962-Manual de processo penal / Guilherme de Souza Nucci. - 5. ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Luiz Regis Prisão Preventiva: a contramão da modernidade / Luiz Regis Prado, Diego Prezzi Santos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PROJETO Alternativo alemão, de 1966, apud BITENCOURT, Cezar Roberto, Falência da pena de prisão - Causas e alternativas / Cezar Roberto Bitencourt. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. p.12.

ROBINSON, O.F. *The Criminal Law of Ancient Rome*. Johns Hopkins University Press, 1995.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da

prisão preventiva. Revista de estudos criminais, Porto Alegre: nota Dez, nº 10, 2003.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/raphaela/Downloads/1734-Texto%20do%20Artigo-3308-1-10-20160627.pdf

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana / Ricardo Maurício Freire Soares. – 2. ed. – São Paulo : SaraivaJur 2024.

Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), Habeas Corpus 633.110/MG, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Diário da Justiça Eletrônico (DJe) 19-3-2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), Reclamação nº 42.857 - AM (2022/0041090-6), Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Diário da Justiça Eletrônico (DJe) 29-4-2022.

TOURINHO FILHO; Fernando da Costa. Processo penal. v3. São Paulo: Saraiva, 2004.